

## גילוי מסמכים לפני בקשה לאישור תביעה נגזרת

נועם זמיר, אריק ברנאייזן

### א. פתח דבר

בהחלטתנו בפרשת **לבייב**<sup>1</sup> קבע בית המשפט העליון (כבוד השופט אשר גרוניס), לראשונה, כי בית המשפט מוסמך להעניק צו לגילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת. המחוקק אימץ קביעה זו, בחוקקו את סעיף 198א לחוק החברות, התשנ"ט-1999,<sup>2</sup> אך הרחיב את גבולות הסמכות להעניק צו כאמור אף לשלב הקודם להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת. מאמר זה דן בהסדר ייחודי וחריג זה.

נפתח מאמר זה, בפרק ב' לו, בבחינת הדין המצוי. תחילה, נזכיר את הרציונלים שבבסיס גילוי המסמכים בהליכים אזרחיים. נראה כי מדובר בהליך שנועד, בין היתר, לגשר על פערי מידע בין בעלי-הדין. ואולם, חרף האמור, בתי המשפט אינם מכירים, ככלל, בסמכות להעניק צו לגילוי מסמכים לפני שהוגש ההליך העיקרי. בהמשך, נעבור לדון בהתפתחויות בחקיקה ובפסיקה בנושא גילוי מסמכים במסגרת הליך של תביעה נגזרת. נראה כי לאחר תהליך הדרגתי, בית המשפט העליון הכיר בסמכות להעניק צו לגילוי מסמכים גם במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת, תוך שהוא מקיש לעניין זה מהתפתחות דומה בתחום התובענות הייצוגיות. בהמשך, כאמור, בגדר סעיף 198א לחוק החברות, אומצה הלכת **לבייב** אל תוך החוק החרות, וסמכותו של בית המשפט הורחבה גם לשלב הקודם להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת. נראה כי חקיקתו של סעיף זה הביאה לשינוי של ממש, אם לא מהפכה, בליטיגציה בתחום דיני החברות וניירות הערך, תוך שנרשמה עלייה דרמטית במספר ההליכים המוגשים מכוח סעיף זה. נציע הסברים אפשריים לתופעה זו.

בפרק ג' נעבור לדון בדין הראוי. תחילה, בפרק ג.1 נבקש לטעון כי נדרשות הצדקות כבדות משקל להבדל שהמחוקק יצר בין תביעה נגזרת (לגביה הוקנתה לבתי המשפט סמכות חריגה להענקת צו לגילוי מסמכים עוד לפני הגשת בקשה לאישור) לבין הליכים אזרחיים אחרים, ובפרט, הליכי תובענה ייצוגית (לגביהם לא קיימת סמכות שכזו). נטען כי פערי המידע, שקיומם שימש כרציונל להסדר חקיקתי זה, אינם נחלתו של תחום התביעות הנגזרות בלבד, אלא נחלתם של הליכים אזרחיים בכלל, ובפרט, של תובענות ייצוגיות. עוד נראה כי גם המצב המשפטי בדלאור מלמד שיצירת הבדל בסמכויותיו של בית המשפט בין סוגי ההליכים אינה הכרחית. בהמשך, בפרק ג.2 נדון בהצדקות להסדר החקיקתי הייחודי. נטען שקיימות שתי הצדקות מצטברות: האחת, נוגעת לכך שמדובר בהליך שנועד לממש את זכות התביעה של החברה, למען קידום טובתה של החברה, והשנייה, נוגעת לצורך בעמידה בתנאים הייחודיים לתביעה הנגזרת. נטען, כי מתעורר ספק האם יש בטעמים אלו כדי להצדיק את קיומו של ההסדר הייחודי, לפי הדין בישראל. עוד

\* שותף במשרד ש. הורוביץ ושות'.

\*\* שותף במשרד ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות'.

המחברים מודים לנעמה ארליך, שרון חנס, קרן ילין-מור, גיא פירר וחגי קלוגמן, על שהקדישו מזמנם והעירו הערות מעשירות. למען הגילוי הנאות, המחברים מייצגים בתביעות נגזרות ובתובענות ייצוגיות (בעיקר נתבעים), והזעות במאמר זה הן שלהם בלבד, ולא של משרדיהם או לקוחותיהם.

<sup>1</sup> רע"א 11126/08 **לבייב נ' רפאלי** (פורסם בנבו, 7.5.2009) (להלן: פרשת **לבייב**).

<sup>2</sup> ס"ח 185 1711 (להלן: חוק החברות).

נטען כי הצדקות אלה הן בעלות חשיבות בכל הנוגע להיקף פרישתו ואופן יישומו של הסדר זה. לגבי ההצדקה הראשונה, נטען כי היא מחייבת להכיר בחובת נאמנות של בעל המניות הפונה לקבלת המסמכים כלפי החברה. עוד נטען, כי הצדקה זו מלמדת שאין להרחיב את היקף המסמכים שניתן לבקש ולקבל לפי הסדר ייחודי זה, מעבר למסמכים המצויים ברשותה או בשליטתה של החברה עצמה. לגבי ההצדקה השנייה, נטען שהיא רלוונטית בעיקר בשיטות משפט שבהן הליכי תביעה נגזרת נדחים על הסף בשלב מוקדם, מבלי שהתאפשר גילוי מסמכים כלשהו, ואילו בישראל הדבר אינו כך. עוד נטען, כי הצדקה זו מחייבת את בתי המשפט לשקול בחיוב להגמיש את הכללים שיושמו עד כה בדיון בבקשות לסילוק על הסף של בקשות לאישור תביעה נגזרת. בהמשך לכך, בפרק ג.3 נראה כי תחום התביעות הנגזרות בכלל (ובפרט, הסדר גילוי המסמכים לפני הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת) לא זכה עד כה להסדרה מתאימה בתקנות. עוד נראה, כי טיוטת תקנות החברות (הוראות לעניין תובענה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017,<sup>3</sup> שנועדו להסדיר את ההיבטים הדיוניים של התביעות הנגזרות, התעלמה מהסדר גילוי המסמכים שנקבע בחוק, מהייחודיות הכרוכה בו, וממשקלו ההולך וגדל בליטיגציה בתחום דיני החברות וניירות הערך. על רקע זה, נעמוד על הקשיים הנוצרים עקב היעדרו של הסדר תחיקתי כאמור.

לבסוף, נוכח ייחודיותו של ההסדר בו עוסק מאמר זה והיותו חדש יחסית, נדון בפרק ד' בשורה של סוגיות, בעלות מאפיינים דיוניים ומהותיים, שמתעוררות בשלבי השונים של הליך גילוי המסמכים לפני הגשת הבקשה לאישור תביעה נגזרת, ונציע הצעות להסדרה הרצויה בסוגיות אלה.

## **ב. הדין המצוי – ההסדרים החוקיים לקבלת מסמכים בליטיגציה בתחום דיני החברות וניירות הערך**

### **ב.1. הליך גילוי מסמכים בהליך אזרחי - כללי**

בפסיקת בתי המשפט הודגשה לא אחת חשיבותו של הליך גילוי המסמכים:<sup>4</sup> **ראשית**, הליך גילוי המסמכים מקדם את גילוי האמת, מכיוון שהוא מאפשר לצדדים להציג לבית המשפט תמונה עובדתית מלאה יותר.<sup>5</sup> כך, למשל, ללא הליך גילוי מסמכים, הצדדים לא יציגו לבית המשפט מסמכים "מזיקים" המצויים ברשותם, ואשר עשויים לקדם את טענות היריב; **שנית**, הליך גילוי המסמכים מסייע לייעל את בירור התובענה,<sup>6</sup> בכך שהוא עשוי לצמצם את גדרי המחלוקת. כך, אפשר שלאחר קבלת המסמכים המצויים בידי הצד שכנגד, אשר עצם קיומם לא היה ידוע לבעל-הדין קודם לכן, יתייתר הצורך בהוכחת חלק מהטענות שהועלו בכתבי הטענות; **שלישית**, גילוי המסמכים מסייע להגן על זכותם של בעלי הדין להליך הוגן וראוי, הנגזרת מזכות הגישה

<sup>3</sup> להלן: התזכיר או תזכיר תקנות תביעה נגזרת.

<sup>4</sup> על אף שקיימת אבחנה בין שלב גילוי המסמכים לשלב העיון במסמכים, "הרי כיום משתלבים הם שני שלבים אלה, לעתים קרובות, למסגרת דיונית אחת" (רע"א 4234/05 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' פלץ**, בפסקה 5 (פורסם בנבו, 14.8.2005)), ועל כן, נתייחס לשלבים אלה כמקשה אחת, אלא אם נאמר אחרת.

<sup>5</sup> יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" **ספר אורי קיטאי** 247, 247-248 (2008); רע"א 7461/16 **מדינת ישראל – אגף המכס ומע"מ נ' פן דור תעשיות בע"מ**, בפסקה יא להחלטת כבי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.11.2016) (להלן: פרשת פן דור).  
<sup>6</sup> רע"א 4627/14 **פז חברת נפט בע"מ נ' דייעי**, בפסקה 7 (פורסם בנבו, 10.11.2014) (להלן: פרשת דייעי).

לערכאות.<sup>7</sup> הליך גילוי המסמכים מאפשר לצדדים לדעת מראש אלו מסמכים מצויים ברשותו של בעל-הדין שכנגד,<sup>8</sup> ונותן לכל צד הזדמנות הוגנת להתמודד כראוי עם טענות יריבו.

לצד מטרות אלה, בפסיקה נזכרת תכלית נוספת, החשובה במיוחד לענייננו, הנוגעת ליצירת שוויון דיוני וגיזור על פערי המידע הקיימים בכל הליך משפטי בין הצדדים.<sup>9</sup> התובע, שעליו מוטל ככלל נטל ההוכחה, עשוי לקבל, במסגרת הליך גילוי המסמכים, הן ראיות ישירות שיסייעו לו בהוכחת תביעתו, והן מידע עקיף שיסייע לו, דוגמת זהותם של עדים פוטנציאליים. גם הנתבע עשוי להסתייע בהליך גילוי המסמכים כדי לזכות במידע ובראיות חיוניים. למעשה, מימוש תכלית זו הוא המאפשר להליך גילוי המסמכים להשיג גם את יתר התכליות, עליהן עמדנו לעיל, שהרי, הגיזור על פערי המידע הוא המביא לכך שההליך כולו יהיה יעיל, הוגן וראוי יותר, ויביא לחשיפת האמת.

ואולם, חרף היתרונות הגלומים בהליך גילוי המסמכים, הליך זה אינו עומד על רגליו הוא, ובפסיקת בית המשפט העליון נקבע במפורש כי בעל-דין יהיה זכאי לבקש צו לגילוי מסמכים רק במסגרת הליך עיקרי קיים. בית המשפט העליון התייחס לכלל זה בפרשת בלס.<sup>10</sup> באותו עניין הגיש לקוח של בנק הליך בדרישה לקבל מהבנק מסמכים, שנדרשו לו, לטענתו, כדי לשקול הגשת תביעה נגד הבנק. ההליך נדחה, תוך שבית המשפט העליון קובע את הדברים הבאים<sup>11</sup>:

**"דין המערערים במקרה שלפנינו אינו שונה מדין מבקש פלוני המבקש לקבל גילוי מסמכים מיריב פרוספקטיבי על מנת לשקול אם המידע שיקבל מצדיק הגשת תביעה שכנגדו [...] דרך דיונית כזאת אינה קיימת בישראל; אמנם הנהגתה נשקלה בשעתו בועדה המייעצת לדיון אזרחי בראשותו של השופט עציוני, אך הוחלט שאין היא מתאימה לתנאי הארץ ותושביה. אכן אם המבקשים יגישו תובענה נגד המשיב לביטול ההסכם יוכלו לקבל את מבוקשם בגדרה על דרך צו לגילוי מסמכים."**

שאלה קרובה לזו התעוררה גם בפרשת רמי מור.<sup>12</sup> באותו עניין דרש המערער מהמשיבה, ספקית שירותי אינטרנט, למסור לו פרטים על זהותם של צדדים שלישיים, שלטענתו, פרסמו לשון

<sup>7</sup> רע"א 733/95 ארפל נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(2) 577, בפיסקה 31 לפסק דינו של כב' השופט מ' חשין (1997); ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2) 855, בפיסקה 16 (2006).

<sup>8</sup> פרשת פן דור, לעיל הי"ש 5, בפיסקה י"א.

<sup>9</sup> פרשת דייע, לעיל הי"ש 6, בפיסקה 7; רע"א 3184/16 קוסט פורר גבאי את קסירר, רואי חשבון נ' חפציבה ג'רוזלם גולד בע"מ (בפירוק), בפיסקה 3 (פורסם בנבו, 10.11.2014).

<sup>10</sup> ע"א 358/88 בלס נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 31.12.1988) (להלן: פרשת בלס); ע"פ 7528/95 הלל נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 89, 97 (1996) ("האפשרות לבקש צו לגילוי מסמכים לפני הגשת תובענה, כדי שיהא בידי המבקש להחליט אם יש מקום להגשתה, אינה קיימת בישראל").

<sup>11</sup> פרשת בלס, לעיל הי"ש 10, בפיסקה 2.

<sup>12</sup> רע"א 4447/07 רמי מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 25.3.2010) (להלן: פרשת רמי מור).

הרע כנגדו. ההליך התגלגל לבית המשפט העליון, אשר קבע (בדעת רוב) כי אין מקור סמכות להגשת ההליך הנפרד לקבלת המסמכים, טרם הגשת תביעה עיקרית.<sup>13</sup>

נוסיף כי לרוב, המועד לקיומו של הליך גילוי המסמכים אינו רק לאחר הגשת כתב התביעה, אלא לאחר השלמת הגשת כתב ההגנה וכתב התשובה. להגיונם של הדברים התייחס כב' השופט גרוניס בפרשת **מעבדות ד"ר מלומד בע"מ**<sup>14</sup>: "...כתבי הטענות הם המגדירים את היקף המחלוקת בין הצדדים ולאורם נבחנת השאלה מהם המסמכים הרלוונטיים שאת גילויים יש לאפשר במסגרת הליכי הגילוי והעיון. המועד המקובל לקיום הליכי גילוי ועיון עולה אף מהוראת תקנה 120(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. התקנה קובעת, כי בעל דין יהא רשאי לבקש מבית המשפט ליתן צו לגילוי מסמכים רק לאחר שפנה לבעל הדין שכנגד יתוך שלושים ימים מיום המצאת כתב ההגנה האחרון או כתב התשובה, לפי המאוחר יותר, בבקשה בכתב להשיב בתצהיר על השאלון או לגלות בתצהיר את המסמכים".

המצב המשפטי המתואר לעיל לא צפוי להשתנות גם במשטר המשפטי שיחול עם כניסתן לתוקף של תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ח-2018.<sup>15</sup> בטיוטת תקנות אלו, משנת 2014,<sup>16</sup> נכללו הוראות בקשר לפעולות מקדמיות שעל בעלי-הדין לקיים לפני הגשת כתב תביעה. אולם, בין פעולות אלו לא נכללו הוראות המאפשרות לתובע-בכוח לכפות על הנתבע-בכוח גילוי מסמכים. בנוסח הסופי של התקנות, שפורסם בשנת 2018, הושמטו גם ההוראות הנוגעות לפעולות מקדמיות אלה, ועל כן, גם לפי התקנות החדשות הליך גילוי המסמכים יתבצע לאחר הגשת כתב התביעה.<sup>17</sup>

הרציונלים העומדים מאחורי ההסדר המתואר לעיל ברורים: הסדר זה מאפשר לוודא כי הליך גילוי המסמכים אינו חורג מהנדרש למימוש מטרותיו, שכן הוא מתבצע רק לאחר שהונחה לפיתחו של בית המשפט מחלוקת, ורק לאחר שהיקפה הוברר בכתבי הטענות. לאחר הגשת כתב התביעה בית המשפט אף יכול למנוע, במקרים המתאימים, את ההוצאות הכרוכות בהליך גילוי המסמכים, אם כתב התביעה אינו מגלה עילה או לוקה מבחינה אחרת.<sup>18</sup> עם זאת, לצד היתרונות הטמונים בעיתוי זה של הליך גילוי המסמכים, קיימים אף חסרונות בהיעדר האפשרות של התובע בהליכים אזרחיים לדרוש גילוי מסמכים לפני הגשת כתב התביעה. כך, למשל, אילו היה באפשרותו לקבל את המסמכים לפני הגשת התביעה, סביר כי תביעתו הייתה מבוססת ומלאה יותר, והיה מתייתר הצורך שלעיתים מתערור לאחר קיום הליך גילוי מסמכים, לעתור לתיקון כתב

<sup>13</sup> שם, בפסקה 36 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין.

<sup>14</sup> רע"א 425/11 **מעבדות ד"ר מלומד בע"מ נ' סובל**, בפסקה 4 (פורסם בנבו, 31.3.2011). ראוי לציין, כי כבוד השופט גרוניס התייחס בסעיף 5 להחלטתו לחריגים המצומצמים לכלל זה, ובפרט, החריג בגדר בקשה לאישור תובענה ייצוגית, אליו נתייחס להלן. חריג מסוים לכלל זה אף מצוי בתקנה 75 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), המחייב בעל דין לצרף לכתבי טענותיו כל מסמך שזכר בו, אלא אם אינו מצוי ברשותו או בשליטתו. כאשר בעל דין אינו מקיים חובה זו, רשאי יריבו לפנות לבית המשפט. בקשת ביניים בעניין זה עשויה להיות מוגשת מיד לאחר הגשת כתב הטענות בו נזכרו המסמכים, קרי – עוד לפני השלמת הגשת כתבי הטענות. עם זאת, הואיל ומדובר במסמכים שזכרו בכתבי טענותיו של בעל-דין, מובן כי בקשות המתייחסות לתקנה 75 האמורה ניתן להגיש רק לאחר הגשת כתב התביעה.

<sup>15</sup> ק"ת 8085 (להלן: תקנות סדר הדין החדשות).

<sup>16</sup> טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה-2014 (זמין לצפייה ב- [https://www.nevo.co.il/law\\_word/Law11/42226.doc](https://www.nevo.co.il/law_word/Law11/42226.doc)).

<sup>17</sup> שם, בפרק ט'.

<sup>18</sup> הגם שבאופן פורמאלי, קיומה של עילת התביעה אינו נמנה עם התנאים למתן צו לגילוי מסמכים, בפועל, אם כתב התביעה לא יגלה עילת תביעה או יהיה לקוי מבחינה מהותית אחרת, סביר להניח שהנתבע יעתור לבית המשפט בבקשה לסילוק התביעה על הסף ולעיכוּב ההליך (כולל ההליכים המקדמיים) עד להכרעה בה.

התביעה לאור המסמכים שגולו על-ידי בעל הדין שכנגד. יתרה מכך, אפשר שבמסגרת הליך גילוי מסמכים "מוקדם" מעין זה היה התובע-בכוח מקבל לידי מסמכים המפריכים את עילת התביעה, ובכך הייתה מתייתרת הגשת התביעה.

כך או כך, השורה התחתונה היא ברורה - חרף התועלות הרבות הטמונות בהליך גילוי המסמכים, ובפרט, בנושא הגישור על פערי המידע, בתי המשפט אינם מכירים, ככלל, בסמכות להעניק צו לגילוי מסמכים כל עוד לא הוגש הליך אזרחי עיקרי. על רקע האמור, נעבור להתייחס למצב המשפטי המיוחד החל בהליכי תובענה ייצוגית ותביעה נגזרת.

## **2.ב. ההתפתחות הפסיקתית והחקיקתית בנושא גילוי מסמכים בתובענה ייצוגית ובתביעה נגזרת**

ככלל, זכותו של בעל מניות לקבל, שלא כחלק מהליכים משפטיים, מסמכים המצויים ברשותה של חברה, היא זכות מוגבלת. לפי חוק החברות, כל בעל מניות זכאי לקבל מהחברה מסמכים בסיסיים ביותר, דוגמת הפרוטוקולים של האסיפות הכלליות, מרשם בעלי המניות, התקנון ודוחותיה הכספיים של החברה.<sup>19</sup> לצד האמור, בעל המניות זכאי לדרוש מהחברה, תוך ציון מטרת הדרישה, לעיין בכל מסמך הנמצא ברשותה, ככל שמסמך זה נוגע לפעולה או עיסקה הטעונה אישור של האסיפה הכללית לפי הוראות החוק, ובחברה פרטית, אם הדבר נדרש לצורך קבלת החלטה בנושא שעל סדר יומה של האסיפה הכללית.<sup>20</sup>

על רקע נגישותם המוגבלת של מסמכי החברה לבעלי המניות, מתעוררת שאלת זכותם לקבל מסמכים נוספים כחלק מהליכים משפטיים שהם מנהלים או מבקשים לנהל. שאלה זו בעלת חשיבות מיוחדת בליטיגציה בתחום דיני החברות וניירות הערך, ובפרט, בהליכי תובענה ייצוגית ותביעה נגזרת. ההבדל בין שני סוגי הליכים אלה הוא ידוע - בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בתחומים אלה מבקש מחזיק ניירות הערך לייצג קבוצה של מחזיקי ניירות ערך ולברר עילת תביעה הקיימת להם ולו.<sup>21</sup> הסדר משפטי זה מעוגן כיום, בעיקרו, בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.<sup>22</sup> לעומת זאת, בקשה לאישור תביעה נגזרת מוגשת בדרך כלל על-ידי בעל מניות המבקש לנהל תובענה בשם החברה, בעילת תביעה העומדת לחברה, לאחר שהחברה מצידה לא מיצתה את זכויותיה.<sup>23</sup> הסדר משפטי זה מוסדר כיום, בעיקרו של דבר, בחוק החברות.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> ראו, סעיף 184 לחוק החברות. בהתאם לסעיף 186 לחוק, בתנאים מסוימים זכאי בעל מניות לקבל גם מידע על גמול לדירקטורים.

<sup>20</sup> סעיף 185(א) לחוק החברות.

<sup>21</sup> פרט 5 לתוספת השניה של חוק תובענות ייצוגיות, מאפשר להגיש בקשות לאישור "תביעה בעילה הנובעת מזיקה לנייר ערך או ליחידה..." (כהגדרתם שם) כתובענה ייצוגית.

<sup>22</sup> עוד קודם לחקיקת חוק תובענות ייצוגיות, הייתה קיימת אפשרות להגיש בקשות לאישור תובענה ייצוגית בתחום ניירות הערך, וזאת, מכוח הסדר ספציפי שנקבע בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך) (ראו, למשל, רע"א 4556/94 טצ"ט נ' זילברשץ פ"ד מט(5) 774, 783 (792) (להלן: פרשת טצ"ט); רע"א 7028/00 אי. בי. אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, בפסקה 12 (פורסם בנבו, 14.12.2006)), ולאחר מכן בהוראות סימן ב' בפרק שלישי שבחלק החמישי לחוק החברות, שבוטלו בשנת 2006 עם חקיקתו של חוק תובענות ייצוגיות.

<sup>23</sup> לפי סעיף 194(א) לחוק החברות, גם כל דירקטור בחברה רשאי להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת, ולפי סעיף 204 לחוק זה, מוקנית הזכות להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת במקרים מסוימים גם לנושים של החברה. מטעמי נוחות, נתייחס במאמר זה לבעל המניות כמגיש ההליך.

<sup>24</sup> הוראות נוספות בתחום זה קבועות בתקנה 8 לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, המסדירות את גובה האגרה בהליכים מסוג זה.

בית המשפט העליון הכיר לראשונה בסמכות לתת צו לגילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ועוד בטרם אושרה התובענה הייצוגית, בפרשת **יפעת**.<sup>25</sup> באותו עניין דחה בית המשפט העליון את הטענה כי כל עוד לא אושרה התובענה כייצוגית, מתמודד המבקש עם "יריב פרוספקטיבי" בלבד.<sup>26</sup> בית המשפט עמד על כך שהתובענה הייצוגית היא "תופעה מיוחדת", והליך בקשה לאישור "שונה הוא מהליכים מקדמיים אחרים", וכי "בניגוד להליך ביניים רגיל, הליך זה עשוי לסתום את הגולל על אפשרות הגשתה של התובענה".<sup>27</sup> עוד עמד בית המשפט העליון – ולכך חשיבות רבה לענייננו – על כך שהכרה בזכות לעיין במסמכים נדרשת משיקולי מדיניות כבדי משקל, וזאת, נוכח פערי המידע המהותיים הקיימים בין הצדדים בסוגיות מושא בקשת האישור.<sup>28</sup>

לצד האמור, כדי למנוע הכבדה יתרה בשלב זה של הדיון, היתנה בית המשפט העליון את הזכות לגילוי מסמכים במספר תנאים, ובהם כי המבקש הניח "תשתית ראייתית ראשונית המלמדת על קיומה של עילה אישית כנגד הנתבע", וכי המסמכים שגילויים נדרש "רלוונטיים לשלב זה של ההליך, דהיינו, רק למסמכים שיש בכוחם להשליך אור על שאלת התקיימות תנאי הסף לאישורה של התובענה כייצוגית".<sup>29</sup>

עמדה זו קנתה שביתה בפסיקה,<sup>30</sup> ובהמשך, בשנת 2010, מצאה מקומה בחוק החרות, בתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010,<sup>31</sup> בהן הכיר מחוקק המשנה בסמכותו של בית המשפט להעניק צו לגילוי מסמכים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, בכפוף לעמידה בתנאים הנזכרים לעיל.<sup>32</sup> בפסיקה הובהר, כי לתנאים אלו מתווספים יתר התנאים החלים לפי הדין הכללי על בקשות לגילוי מסמכים.<sup>33</sup>

במשך השנים שחלפו, נותרה ללא מענה השאלה האם עמדה משפטית זו תקפה אף לגבי בקשה לאישור תביעה נגזרת. ההכרעה בשאלה נפלה בהדרגה. תחילה, בפרשת **שטרית**<sup>34</sup> נדון ערעור על פסק דין שדחה בקשה לאישור תביעה נגזרת. במסגרת ההליך בערכאה הדיונית נדחו מספר בקשות לגילוי מסמכים, תוך שנקבע כי כל עוד לא אושרה תביעה נגזרת, אין למבקשים מעמד לעתור לצו לגילוי מסמכים. בערעור הותיר אמנם בית המשפט העליון (כב' השופט גרוניס) בצריך עיון את השאלה הכללית בדבר גילוי מסמכים בבקשה לאישור תביעה נגזרת, אך הוסיף כי עמדתו של בית המשפט המחוזי, השוללת את האפשרות לתת צו לגילוי מסמכים באופן מוחלט, "נראית לי מרחיקת לכת", וכי "דומה, כי יהיו מקרים לא מעטים בהם יהא מקום להליכי גילוי

<sup>25</sup> רע"א 10052/02 **יפעת נ' דלק מוטורס** פ"ד נו(4) 513 (2003) (להלן: פרשת **יפעת**). עוד קודם להחלטה זו, דן בית המשפט העליון בפרשת טצת, לעיל ה"ש 22, בעמ' 790-791, בזכותו של נתבע ייצוגי לקבל צו המחייב תובע ייצוגי לגלות מסמכים הנוגעים להשקעותיו בעבר.

<sup>26</sup> פרשת **יפעת**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 517.

<sup>27</sup> שם, שם.

<sup>28</sup> שם, בעמ' 518.

<sup>29</sup> שם, בעמ' 519.

<sup>30</sup> ראו, למשל, רע"א 7956/08 **מעדניות האחים בכבוד (94) בע"מ נ' עו"ד שלמה גן צבי**, בפיסקה 4 (פורסם בנבו, 21.4.2009).

<sup>31</sup> ק"ית תש"ע 6915, 1442 (להלן: תקנות תובענות ייצוגיות).

<sup>32</sup> תקנה 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות.

<sup>33</sup> רע"א 8224/15 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה**, בפיסקה 11 (פורסם בנבו, 29.3.2016).

<sup>34</sup> ע"א 9491/04 **שטרית נ' אריסון השקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 23.8.2006).

ועיון בהיקף מסוים כבר בשלב בו נדונה הבקשה וספק אם יש לשלול לחלוטין את כוחו של בית המשפט ליתן צו שכזה".<sup>35</sup>

לבסוף, בשנת 2009, במסגרת הלכת **לבייב**, הכיר בית המשפט העליון (כב' השופט גרוניס) לראשונה בסמכותם העקרונית של בתי המשפט להורות על גילוי מסמכים בשלב הדיון בבקשה לאישור תביעה נגזרת. בית המשפט אף היתווה קווים מנחים ליישום הלכה זו, תוך שהוא קובע כי "לעניין היקף הגילוי ניתן להקיש מההלכה שנקבעה בעניין יפעת לגבי גילוי בשלב הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית", ובפרט, בכל הנוגע לצורך בהוכחת הרלוונטיות של המסמכים המבוקשים והצגת תשתית ראייתית ראשונית, ממנה ניתן ללמוד כי קיים סיכוי שהבקשה לאישור תתקבל.

### **3.ב. הסדר גילוי המסמכים הייחודי בסעיף 198א לחוק החברות, והמגמה המובהקת של התגברות השימוש בו**

זמן מה לאחר מכן, פסיקתו של כב' השופט גרוניס מצאה מקומה אל החוק החרות. במסגרת תיקון 16 לחוק החברות,<sup>36</sup> הכיר המחוקק בסמכותו של בית המשפט לתת צו לגילוי מסמכים בגדר בקשה לאישור תביעה נגזרת, וזאת, בכפוף לעמידה בתנאים שנקבעו בהלכת **לבייב**. עם זאת, הסדר גילוי המסמכים שקבע המחוקק בסעיף 198א הלך צעד אחד קדימה, בהתירו לתת צו לגילוי מסמכים אף בטרם הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת:

"(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."

תיקון 16 עסק בשורה של נושאים. בדברי ההסבר צוין שהוא נועד "לצורך ייעול הממשל התאגידי בישראל והתאמתו למציאות הישראלית ולעקרונות הנהוגים בתחום זה בעולם".<sup>37</sup> בכל הנוגע להסדר גילוי המסמכים הייחודי שנקבע, הסביר המחוקק:<sup>38</sup>

"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"

הנה כי כן – במטרה לגשר על פערי מידע בין בעל המניות לחברה, יצר המחוקק הסדר ייחודי המאפשר לעתור לקבלת מסמכים אפילו בטרם הוגשה בקשה לאישור תביעה נגזרת, וזאת,

<sup>35</sup> שם, בפיסקה 10.

<sup>36</sup> חוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א-2011, ס"ח 2281 (להלן: תיקון 16).

<sup>37</sup> הצעת חוק החברות (תיקון מס' 12) (ייעול הממשל התאגידי), התש"ע-2010, ה"ח 496, 566.

<sup>38</sup> שם, בעמ' 574.

על מנת לאפשר לבעל המניות להחליט האם יש מקום להגיש הליך, ואם כן, לעשות כן בצורה מבוססת יותר.<sup>39</sup> למען הנוחות, נכנה בהמשך מאמר זה בקשה לגילוי מסמכים שמוגשת טרם הוגשה בקשה לאישור תביעה נגזרת "בקשה לגילוי מסמכים מוקדם", כדי להבדיל אותה מבקשה לגילוי מסמכים שמוגשת לאחר הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת.

הסדר גילוי המסמכים המוקדם לא נותר עלי ספר. מחקר שנערך לצורך כתיבת מאמר זה מלמד כי בשנים האחרונות ניכרת מגמה של עלייה משמעותית במספר הבקשות לגילוי מסמכים מוקדם, הן במספרן המוחלט והן ביחס למספר הבקשות לאישור תביעה נגזרת.<sup>40</sup> כך, למשל, בעוד שבכל אחת מהשנים 2014 ו-2015 הוגשו 3 בקשות לגילוי מסמכים מוקדם, הרי שבשנת 2016 הוגשו כבר 10 בקשות כאלה, ואילו בשנים 2017 ו-2018 הוגשו לא פחות מ-17 בקשות ו-20, בהתאמה. אמנם, עם השנים, בעקבות הקמתה של המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, חל גידול ניכר גם במספר הבקשות לאישור תביעה נגזרת.<sup>41</sup> אלא שהגידול במספר הבקשות לגילוי מסמכים מוקדם היה חד בהרבה.<sup>42</sup>

ההסבר למגמה מובהקת זו מצוי בתנאים המקלים יחסית שקבעו ההסדר החקיקתי עצמו, והפסיקה בעקבותיו. הסדר זה מאפשר לבעל מניות לעתור לקבלת מסמכים, מבלי שנדרש כי הוא החזיק במניותיו לפחות תקופה מסוימת טרם הגשת הבקשה, ומבלי שנדרש שיעור מינימלי של אחזקה במניות החברה.<sup>43</sup> גם הפסיקה נתנה "רוח גבית" להגשת בקשות אלה: **ראשית**, נקבע כי התשתית הראייתית שעל המבקש להניח כתנאי לקבלת בקשתו מצויה ברף הנמוך;<sup>44</sup> **שנית**, בפסיקה הועבר "מסר" לפיו על בעלי המניות "לעשות את המאמצים המרביים כדי לקבל לידיהם את כל המידע שניתן לקבלו עוד בטרם הגשת בקשת האישור...", ובפרט, תוך שימוש בהסדר שבסעיף 198א לחוק החברות.<sup>45</sup> באחת הפרשות אף צוין כי כאשר קיימת "תחרות" בין מספר בקשות אישור, "צריך בית המשפט להעניק 'נקודות זכות' לאותם מבקשים אשר מיצו את הליך

<sup>39</sup> ד"ר יחיאל בהט **חברות - החוק החדש והדין** כרך ב 765-766 (מהדורה 13, 2015).  
<sup>40</sup> לצורך המאמר, נערכה בדיקה באתר "נט המשפט" של כל ההליכים שהוגשו בשנים 2014 עד 2018, ואשר סומנו כתני"ג (תביעה נגזרת). לגבי כל הליך נבחן האם מדובר בבקשה לאישור תביעה נגזרת או בקשה לגילוי מסמכים, וזאת, על סמך עיון במידע המצוי באתר האמור, בהחלטות שיפוטיות המתפרסמות ובמקורות נוספים.  
<sup>41</sup> באופן כללי, ראו, תזכיר תקנות תביעה נגזרת; לנתונים מספריים ראו חאלד כבוב וענבל מימון בלאו "שלבנים ראשוניים בהגשת תביעה נגזרת" **תאגידים** ט/4, 3, 4-6 (2012) (להלן: כבוב ובלאו); יסמין גואטה "מנהלים, הזיהור: המשקיעים בשוק ההון גילו את התביעות הנגזרות" **The-Marker** (29.12.2014), <https://www.themarker.com/law/1,2523748> (שם מצוין כי לפי נתונים שנאספו על-ידי הקליניקה לשוק ההון שבמרכז האקדמי למשפט ועסקים, מ-1970 עד 2011 הוגשו בסך הכל 134 תביעות נגזרות, לעומת 107 תביעות נגזרות משנת 2011 עד 2014); משה גורלי "אנטרופי חושפת: זינוק בהיקף התביעות הנגזרות" **כלכליסט** (15.7.2015), <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3664382,00.html>; משה גורלי "מחקר: 70% מהתביעות הנגזרות מוכרעות לטובת התובעים", **כלכליסט** (23.5.17), <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3713741,00.html> (שם נדון מחקר של הקליניקה לשוק ההון במרכז הבינתחומי הרצליה, על-ידי יובל ברקן ונדב שפר, בהנחייתו של עו"ד עמירם גיל, ונאמר כי "מדי שנה מוגשות כ-30 בקשות חדשות" לאישור תביעה נגזרת).  
<sup>42</sup> מהבדיקה שנערכה עולה כי בשנים 2014, 2015, 2016, 2017 ו-2018 הוגשו, בהתאמה, בסך הכל 44, 41, 49, 57 ו-59, הליכים "נגזרים" (כלומר, בקשות לאישור תביעה נגזרת ובקשות לגילוי מסמכים). אחוז בקשות גילוי המסמכים מתוכם עלה בהתמדה מכ-7 אחוזים בשנת 2014, לכ-35 אחוזים בשנת 2018.  
<sup>43</sup> השוו, למשל, לחוק בטקסס בעבר, בנוגע למשך האחזקה או שיעור המניות הנדרשים, כפי שמתואר אצל – James L. Young, *Texas Law on Stockholders' Inspection Rights: How Does It Stack Up Against Delaware Law and the Model Business Corporation Act*, 40 Sw. L.J. 845, 852 (1986) (להלן: **Young**).  
<sup>44</sup> ראו, למשל, תני"ג 7528-12-13 **הרפז נ' בנק הפועלים בע"מ**, בפסקאות 50-52 (פורסם בנבו, 10.11.2014).  
<sup>45</sup> תני"ג (ת"א) 37867-03-15 **אמיד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, בפסקה 53 ואילך (פורסם בנבו, 27.11.2016) (להלן: פרשת **אמיד**).



הבירור והגילוי של המסמכים הרלוונטיים בטרם הגשת הבקשה...<sup>46</sup> באותה רוח, בתי המשפט קבעו שכאשר מוגשת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם על-ידי בעל מניות אחד, ובקשה לאישור תביעה נגזרת על-ידי בעל מניות אחר, אין מניעה לקבוע כי הבקשה לגילוי מסמכים מוקדם היא זו שתתברר ו-"תגבור" על בקשת האישור "המתחרה";<sup>47</sup> **שלישית**, בפרשת **אינטרקולוני**<sup>48</sup> בית המשפט העליון קבע כי בתנאים מסוימים, רשאי בית המשפט לתת צו לגילוי מסמכים מוקדם לא רק לגבי החברה שבמנייתיה מחזיק המבקש במישרין, אלא גם לגבי חברות המוחזקות על-ידיה (חברות בנות, נכדות וכיוצא בזה).

עתה, משסיימנו לבחון את הדין המצוי והמגמה המסתמנת בו, נעבור לדון בדין הראוי ובמידת הלימותה של ההסדרה החקיקתית הקיימת.

## **ג. ההסדרה החקיקתית בתביעות הנגזרות – הדין הראוי**

### **1.ג. על הצורך בהצדקות כבדות משקל להסדר הייחודי בתחום התביעות הנגזרות**

כפי שראינו, קיים הבדל בין ההסדר המשפטי בבקשה לאישור תביעה נגזרת, לפיו ניתן לעתור לצו לגילוי מסמכים עוד לפני הגשתה, לבין ההסדר ביחס לגילוי מסמכים בהליכים אזרחיים בכלל, ובמסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית בפרט, אשר אינם מכירים באפשרות זאת. על פניו, קיומו של הבדל זה מוקשה ומעורר תהיות, ממספר רב של טעמים.

**ראשית**, בין התובענה הייצוגית לתביעה הנגזרת קיים דמיון בהיבטים רבים, מהותיים ודיוניים, העשויים להצדיק יישום כללים דומים לגבי הליכים אלו. הן התובענה הייצוגית והן התביעה הנגזרת מוגשות על-ידי מי שעילת התביעה אינה שלו או אינה רק שלו, אלא של צדדים שלישיים שהוא מבקש לייצג (בתובענה הייצוגית מייצג התובע קבוצה של תובעים בעלי עילת תביעה הדומה לשלו, ואילו בתביעה הנגזרת מייצג התובע את החברה); בשני סוגי ההליכים, אותם צדדים שלישיים, בעלי עילת התביעה, לא נתנו את הסכמתם להגשת התביעה; בשני סוגי ההליכים עלולות תוצאות ההליך לא רק להיטיב עם המיוצגים אלא גם לפגוע בהם (למשל, עקב ניהול כושל של התביעה והיווצרות מעשה בית-דין כלפי חברי הקבוצה או החברה, לפי העניין); נוכח היקפם הכספי המשמעותי, שני סוגי ההליכים עלולים לחייב נתבעים-בכוח לשאת בהוצאות משמעותיות, גם אם ההליכים נעדרי בסיס; בשני סוגי ההליכים זכאי מגיש ההליך ובאי כוחו, אם יצליחו בתביעה, לגמול ושכר טרחה מיוחדים, והדבר עלול לגרום להגשת תביעות סרק. לאור דמיון זה קבע המחוקק, לגבי שני סוגי ההליכים, שיש לקבל אישור של בית המשפט טרם מתן הזכות לייצג את הצדדים השלישיים.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> שם, בפיסקה 62.

<sup>47</sup> ראו, למשל, תני"ג (ת"א) 17044-12-14 אהרוני נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, בעמ' 17-18 (פורסם בנבו, 1.12.2015) (להלן: פרשת אהרוני); תני"ג (ת"א) 640-01-17 טלמור נ' רבקה טכנולוגיות בע"מ, בפיסקה 21 (פורסם בנבו, 2.3.2017); תני"ג (ת"א) 50055-06-17 דקל נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, בפיסקה 24 (פורסם בנבו, 24.10.2017). שאלה זו נתגלגלה לימים לפיתחו של בית המשפט העליון, שאישר מסקנה משפטית זו (ע"א 3293/17 רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור, בפיסקה 7 (פורסם בנבו, 12.9.2018) (להלן: פרשת טלמור).

<sup>48</sup> רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי (פורסם בנבו, 27.8.2014) (להלן: פרשת אינטרקולוני).

<sup>49</sup> ראו סעיף 197 לחוק החברות וסעיף 3(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.

על רקע הדמיון האמור, בתי המשפט סברו שנכון לשאוב הסדרים חוקיים מתחום התובענות הייצוגיות לתחום התביעות הנגזרות.<sup>50</sup> למעשה, אפילו בנושא ענייננו – סמכותו של בית המשפט לתת צו לגילוי מסמכים – ההכרה בסמכותו של בית המשפט לגבי תביעות נגזרות באה בעקבות ההכרה בסמכות דומה לגבי תובענות ייצוגיות, ותוך החלת אותם תנאים בדיוק. ממילא, מתעוררת במלוא חריפותה השאלה מדוע יצר המחוקק הבדל בין תביעה נגזרת לתובענה ייצוגית, שעה שהכיר בהליך מקדמי של בקשה לגילוי מסמכים רק לגבי בקשה לאישור תביעה נגזרת.

**שנית**, המחוקק הסביר את הצורך בהסדר מיוחד ביחס לגילוי מסמכים בתביעה נגזרת במחסור במידע המצוי ברשותו של בעל המניות. אלא שהתמונה אינה בהכרח שונה בתובענה ייצוגית. למעשה, כבר בהחלטה בפרשת **יפעת**, בה הכיר בית המשפט העליון בסמכות לתת צו לגילוי מסמכים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, הוא עמד על פערי המידע הקיימים בהליך מסוג זה. על קיומם של פערי מידע מובנים המאפיינים תובענה ייצוגית עמד בית המשפט העליון אף בהזדמנויות נוספות,<sup>51</sup> תוך שהוא מפנה להליך גילוי המסמכים כאחד הפתרונות למצב דברים זה.<sup>52</sup> הנה כי כן - הטעם העומד בבסיס הסדר גילוי המסמכים המיוחד החל בתביעה נגזרת נכון אף לגבי תובענה ייצוגית.

**שלישית**, השוני בין סוגי ההליכים מעורר תהיות גם מכיוון שבמקרים רבים התשובה לשאלה מהו המסלול הנכון לבירור טענותיו של בעל המניות (תובענה ייצוגית או תביעה נגזרת) אינה פשוטה. אמנם, בית המשפט העליון כבר דן לא אחת בשאלה מתי עומדת לבעל מניות עילת תביעה אישית (והמקרה מתאים להתברר בתובענה ייצוגית) ומתי עילת התביעה עומדת לחברה (והמקרה מתאים להתברר בתביעה נגזרת). הכלל הוא, כי כאשר הנזק שנגרם לבעל מניות הוא נזק עקיף, הנובע מירידת שווי מניותיו, ונזק זה זהה לנזקם של כל יתר בעלי המניות, לבעל מניות לא תעמוד עילת תביעה אישית, אלא עילת התביעה היא של החברה (ואילו בעל המניות יפוצה, בעקיפין, אם החברה תיפרע מהמעוול).<sup>53</sup> עם זאת, לכלל זה נקבעו מספר חריגים, כגון כאשר נפגעת זכות חוזית של בעל מניות או במצבי קיפוח,<sup>54</sup> ואף יישומו של כלל זה, כשלעצמו, אינו תמיד פשוט. גם טעם זה חותר תחת ההבדל בהסדר גילוי המסמכים בתביעה נגזרת לעומת תובענה ייצוגית.

זאת ועוד, קיימים מקרים שבהם בעל מניות רשאי לבחור האם להגיש תביעה אישית או תביעה נגזרת, בשם החברה. בפסיקה נקבע כי בחברה פרטית בה בעלי מניות מעטים, לבעל מניות עומדת לעתים הבחירה: להגיש תביעה אישית (למשל בעילת קיפוח) או בקשה לאישור תביעה נגזרת, בשם החברה, בטענה כי פעולותיו של בעל המניות הנתבע גרמו לחברה נזק.<sup>55</sup> על פניו, במקרה כזה אין כל הצדקה לכללים שונים ביחס לגילוי מסמכים, שכן מבחינה מהותית שתי

<sup>50</sup> תנ"ג 815-09-13 לנואל נ' מאור, בפסקה 26 (פורסם בנבו, 14.4.2015).  
<sup>51</sup> בר"ם 4303/12 אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר, בפסקה 15 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 22.11.2012) (להלן: פרשת אינסלר); רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, בפסקה 13 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 11.4.2013) (להלן: פרשת מגדל).  
<sup>52</sup> שם, בפסקאות 44 ו-62 לפסק דינה של כב' השופטת ד' ברק-ארז.  
<sup>53</sup> ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 323-326 (1997); ע"א 3051/98 דרין נ' דיסקונט השקעות בע"מ, פ"ד נט(1) 673, 689-695 (2004).  
<sup>54</sup> רע"א 3506/09 צאייג נ' קסלמן וקסלמן רואי חשבון, בפסקה 11 (פורסם בנבו, 4.4.2011).  
<sup>55</sup> ראו, ת"א (מחוזי ת"א) 53375-06-14 אפרתי נ' כסיף יועצים לשירות מעליות בע"מ, בעמ' 15 להחלטה (פורסם בנבו, 12.5.2015); ת"א (מחוזי ב"ש) 3108/04 ברונסון נ' טל, בפסקאות 40-42 (פורסם בנבו, 5.6.2014).

האפשרויות העומדות בפניו, הגשת תביעה אישית או הגשת תביעה נגזרת, אמורות להביא לאותה תוצאה מהותית - הפסקת ההתנהלות המפרה של בעל המניות הנתבע.

**רביעית**, גם בחינה של המשפט המשווה מעוררת תהיות בנוגע להבדל זה. בהקשר זה, ראוי להפנות את מבטנו למדינת דלאוור, בארצות הברית, שדיני החברות שלה משמשים לעיתים קרובות כהשראה פרשנית לבתי המשפט בישראל.<sup>56</sup>

זכותם של בעלי מניות לעיין במסמכים של החברה מוסדרת שם בסעיף 220 לחוק החברות של מדינת דלאוור.<sup>57</sup> בניגוד לסעיף 198א לחוק החברות בישראל, המקנה אפשרות לבקש מבית המשפט לעיין רק ב-"מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת", סעיף 220 לחוק החברות בדלאוור מקנה לבעלי המניות זכות רחבה בהרבה, לעיין במסמכים של החברה לשם כל מטרה ראויה ("any proper purpose"), המוגדרת ככל מטרה הקשורה באופן סביר לאינטרס של המבקש כבעל מניות ("a purpose reasonably related to such person's interest as a stockholder"). בהתאם, סעיף 220 הנ"ל מאפשר לבעלי המניות לעיין במסמכי החברה גם למטרות שאינן ליטיגציה, כגון לצורך העלאת הצעה להחלפת הדירקטורים באסיפה הכללית של החברה או לצורך ביסוס הצעה חלופית לאופן ניהול עסקי החברה, שתוצג לדירקטוריון החברה.<sup>58</sup>

אלא שהיקף פרישתו הרחב של סעיף 220 בא לידי ביטוי גם בליטיגציה בתחום דיני החברות וניירות הערך. על אף שהחוק הפדראלי בארצות הברית מורה על עיכוב הליכי גילוי מסמכים בתובענות ייצוגיות העוסקות בהפרת חובות גילוי הקבועות בחוקי ניירות ערך, וזאת עד להכרעה בבקשה לסילוק על הסף,<sup>59</sup> הרי שבפסיקה קיים ביטוי לעמדה, לפיה סעיף 220 עשוי לשמש, במקרים המתאימים, גם לצורך קבלת מסמכים טרם הגשת תובענה ייצוגית (אשר אינה עוסקת בהפרה כאמור). כך, למשל, רק לאחרונה קבע ה-Chancery Court בדלאוור כי בעל מניות רשאי, בנסיבות מסוימות, לעתור לעיין במסמכי החברה לפי הוראות סעיף 220 הנ"ל גם לצורך בחינת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית ולא תביעה נגזרת (Although our courts primarily direct that encouragement [to gather information using Section 220] or admonition to stockholders who intend to file derivative complaints..., the direction is equally applicable to stockholders who intend to file class action suits challenging transactions approved by a shareholder (vote).<sup>60</sup> זאת, תוך שבית המשפט מפנה לפערי המידע העומדים בפני בעל המניות החפץ להגיש תובענה ייצוגית כאמור. הנה כי כן, בניגוד לישראל, גילוי המסמכים המוקדם בדלאוור אינו מוגבל לתביעות הנגזרות בלבד, אלא אפשרי גם לגבי תובענות ייצוגיות.

<sup>56</sup> לעניין זה ראו, למשל, ע"א 10406/06 עצמון נ' בנק הפועלים בע"מ, בפיסקה 39 לפסק דינו של כב' השופט יי דנציגר (פורסם בנבו, 28.12.2009).

<sup>57</sup> 8 Del. C. 1953, § 220.

<sup>58</sup> White v. Panic, 783 A.2d 543, 577 n.54 (Del. 2001); Saito v. McKesson HBOC, Inc., 806 A.2d 113, 117 (Del. 2002); Polygon Global Opportunities Master Fund v. West Corp. C.A. No. 2313-N (Del. Ch. Oct. 12, 2006); Amalgamated Bank v. UICI, C.A. No. 884-N (Del. Ch. June 2, 2005); Stephen A. Radin, *The new Stage of Corporate Governance Litigation: Section 220 Demands – Reprise*, 28 CARDOZO L. REV. 1287, 1290 (2006) ("Radin"); Abbe M. Stensland, *Protecting the Keys to the Magic Kingdom: Shareholders' Rights of Inspection and Disclosure in Light of Disney*, 30 J. CORP. L. 875 (2005).

<sup>59</sup> Private Securities Litigation Reform Act, 15 U.S.C. § 78u-4 (1995).

<sup>60</sup> Lavin v. West Corporation, No. 2017-0547-JRS (Del. Ch. Dec. 29, 2017). עוד ראו בעניין זה Compaq Comp. Corp. v. Horton, 631 A.2d 1, 4 (Del., 1993).

סיכומם של דברים, עד כה – מנגנון התביעה הנגזרת דומה למנגנון התובענה הייצוגית, ומסיבה זו בתי המשפט הקישו מההוראות המסדירות את תחום התובענות הייצוגיות לתחום התביעות הנגזרות בכלל, ובנושא גילוי המסמכים בפרט. זאת ועוד, הטעם העומד בבסיס סעיף 198א לחוק החברות, הנוגע לפערי המידע, אינו ייחודי לתביעה הנגזרת, ואף האבחנה בין הליכים אישיים להליכים נגזרים לעתים דקה. על רקע האמור, ובשים לב למצב המשפטי מעבר לים, לעמדתנו, נדרשות הצדקות כבדות משקל להבדל שיצר המחוקק בין האפשרות של בעל מניות לקיים הליך גילוי מסמכים עוד לפני הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת, לבין היעדר האפשרות לעשות כן בתביעה אישית או בתובענה ייצוגית.

## **2.ג. ההצדקות העומדות בבסיס ההסדר החקיקתי הייחודי ונפקות**

הסדר גילוי המסמכים הייחודי בתחום התביעות הנגזרות מביא לתוצאה הבאה: בעל המניות רשאי להגיש בקשה לגילוי מסמכים מוקדם, בה עליו להעמיד תשתית ראייתית ראשונית להתקיימות התנאים לאישור תביעה נגזרת.<sup>61</sup> בשלב הבא, לאחר קבלת המסמכים, מוגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת, במסגרתה נדרש בעל המניות להוכיח תנאים דומים, הפעם ברף ראייתי גבוה יותר.<sup>62</sup> עם זאת, גם לאחר הגשת הבקשה לאישור רשאי בעל המניות לעתור לגילוי מסמכים, והתנאי לקבלתם בשלב זה נותר כשהיה – הנחת תשתית ראייתית ראשונית.<sup>63</sup> לאחר קבלת הבקשה לאישור, אמורה להיות מוגשת התביעה הנגזרת, וגם בה עשוי להיערך הליך גילוי מסמכים.

כפי שראינו, נדרשות הצדקות כבדות משקל להסדר ייחודי וחריג שכזה. הצורך בהצדקות אלו מקבל משנה תוקף, נוכח חסרונות אפשריים של ניהול הליך גילוי מסמכים מוקדם. בין חסרונות אלו ניתן למנות, למשל, את הפגיעה בעיקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה; סרבול ההליך והקשיים הטמונים ביצירת הליך מקדים שבמקדים, טרם הגשת בקשת אישור - שהיא כשלעצמה, הליך ביניים - במסגרתו אמורות להיבחן לא אחת סוגיות דומות לאלו שאמורות להתברר בהמשך; בזבוז המשאבים של החברה שנגררת להליך כזה ושל בית המשפט שנאלץ לדון בשאלות דומות מספר פעמים וכיו"ב.

המחוקק לא התעלם מהצורך במתן הצדקות שכאלה. כאמור, בדברי ההסבר לתיקון 16, במסגרתו הותווה הסדר חריג זה, צוין כי הוא נועד "לאפשר לבעלי מניות להגיש תביעות של החברה, לטובת החברה...". מדברים אלה עולה, כי קיימות שתי הצדקות מצטברות להסדר הייחודי.

**ההצדקה הראשונה נוגעת לכך שתביעה נגזרת היא, בסופו של יום, תביעה מטעמה של החברה, אשר נועדה לקדם את טובתה של החברה.** בעוד שתובענה ייצוגית מוגשת נגד החברה (לבדה או לצד צדדים נוספים), התביעה הנגזרת מוגשת בשם החברה, כנגד צדדים שלישיים. היינו, בעוד שבמסגרת תובענה ייצוגית עותר בעל המניות לקבלת מסמכי החברה כדי להשתמש בהם כנגדה, בתביעה נגזרת המסמכים אמורים להגשים את טובתה של החברה.

<sup>61</sup> סעיף 198א לחוק החברות.

<sup>62</sup> סעיף 198(א) לחוק החברות.

<sup>63</sup> תנ"ג 22387-05-15 שילוני נ' ויילר, בפיסקה 48 (פורסם בנבו, 16.5.2016).

לעמדתנו, הצדקה זו – הנוגעת לכך שהתביעה הנגזרת היא "של החברה" – מלמדת שאין להרחיב את היקף המסמכים שניתן לבקש ולקבל מכוח בקשה לגילוי מסמכים מוקדם למסמכים שאינם ברשותה ובשליטתה של החברה. זאת, בניגוד לפסיקה שניתנה עד כה בסוגייה.<sup>64</sup> הטעם לכך מובן, לאור הדברים שצינו קודם לכן – הצדקה זו מבקשת לקרב את מצבו של בעל המניות למצבה של החברה, כדי להגיש תביעה מטעמה. ואולם, בדיוק באופן שבו החברה אינה רשאית, ככלל, להגיש בקשה לגילוי מסמכים מוקדם כנגד צדדים שלישיים, כך המצב צריך להיות אף לגבי בעל המניות (ואולי, אף מכוח קל וחומר).

יתרה מכך – לעמדתנו, להצדקה זו הנוגעת ל-"טובת החברה" השלכות מהותיות על מערכת היחסים בין החברה לבין בעל מניות שקיבל ממנה מסמכים מכוח סעיף 198א לחוק החברות. היא מחייבת יצירת **יחסי נאמנות** בין בעל המניות-המבקש לבין החברה.<sup>65</sup> ליחסי נאמנות אלה משמעות רבה – כך, למשל, הם מגבילים את השימוש שבעל המניות-הנאמן רשאי לעשות במסמכים שקיבל מהחברה, לאותם שימושים בלבד שיקדמו את טובת החברה, ולא יפגעו בה. משמעות הדבר היא, למשל, שבעל המניות יהיה רשאי לעשות במסמכים אלו שימוש במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת (אשר לשם הגשתה הוא קיבל את המסמכים מלכתחילה), אך לא לשם הגשת תביעה אישית או ייצוגית **נגד החברה** (למשל, בגין הפרת חובות דיווח), גם אם הוא סבור שהמסמכים מבססים עילה מתאימה.

כך או כך, אף ששיקול טובת החברה יכול להצדיק, בעיקרון, הקניית "זכות יתר" לבעל מניות המבקש לפעול למען טובת החברה, אין בשיקול זה, לבדו, כדי ללמד מהו ההסדר הראוי בעניין גילוי מסמכים, ובפרט, מהו המועד הנכון בו ראוי להתיר לבעל המניות לעתור לגילוי מסמכים. כך, למשל, ניתן לטעון טענה מרחיבה, לפיה שיקול טובת החברה מצדיק גילוי מסמכים בכל עת, ללא קשר להליכים משפטיים צפויים בשם החברה. כאמור, נראה שכך סבר המחוקק בדלאוור, שהיקנה לבתי המשפט סמכות לאפשר לבעלי מניות לעיין במסמכי החברה לשם השגת מטרות המקדמות, בעיקרו של דבר, את טובת החברה (כגון, החלפת דירקטורים או גיבוש הצעה לגבי ניהול החברה), וזאת, גם אם מטרות אלה אינן קשורות למיצוי עילת תביעה של החברה. אלא שהמחוקק הישראלי לא סבר ששיקול זה לבדו מצדיק להרחיב את זכותם של בעלי המניות לקבלת מסמכים מהחברה, והגביל זכות זו לנושא מיצוי עילת תביעה של החברה. המחוקק הישראלי סבר, אפוא, שהאיזון בין השיקולים השונים מצדיק לעודד את קידום טובתה של החברה במסגרת ההליך המשפטי שמוגש בדיעבד, לאחר שנגרמה לה הפגיעה (*ex-post*), אך לא מבעוד מועד, טרם הפגיעה בטובתה (*ex-ante*). באיזון זה אין כל פסול - הסדר שכזה משקף התערבות פחותה בענייניה של החברה, לה אישיות משפטית נפרדת, והוא אף עשוי להביא לחיסכון בעלויות הליטיגציה הכרוכה במתן זכות רחבה לקבלת מידע (שיקול שאף מגשים את טובת החברה).

<sup>64</sup> ראו, תני"ג 51165-05-13 **ירח עיצובים ושירותי ניהול בע"מ נ' עילדב השקעות בע"מ**, בפסקה 5 (פורסם בנבו, 27.3.2014). יוער, כי קיימת פסיקה נוספת ממנה עשוי להשתמע כי זהו המצב המשפטי, אך פסיקה זו ניתנה במצב שבו כבר הוגש הליך – בקשה לאישור תביעה נגזרת – נגד המשיבים, מהם התבקשו המסמכים (ראו, למשל, תני"ג 15718-10-14 **פרומן נ' Matlin**, בפסקה 1 (פורסם בנבו, 6.1.2019)).

<sup>65</sup> ראו והשוו, עמיר ליכט **דיני אמונות חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי** 179-180 (2013) והאסמכתאות שם; תני"ג 41206-03-16 **שוחט נ' אאורה השקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 18.10.2018). השוו לעניין זה עם תביעה למתן חשבונית, היא תביעה לקבלת מידע שקודמת לתביעה "עיקרית", המחייבת את התובע להראות כי בינו לנתבע מתקיימת "מערכת יחסים מיוחדת" של שליחות, הרשאה, שותפות או נאמנות. ראו, למשל, ע"א 127/95 **מועצת הפירות ייצור ושיוק נ' מהדרין בע"מ**, פ"ד נא(4) 337, 345 (1997).

ואכן, בדברי ההסבר צוינה הצדקה נוספת - "לאפשר" לבעלי המניות להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת על-ידי חשיפתם למידע. אלא שהצדקה זו מעוררת סימני שאלה – הגיונה היה מובהק יותר, אילו התנאים לגילוי מסמכים מוקדם היו שונים מאשר לאחר הגשת הבקשה לאישור, ובכך, היה מתאפשר לבעל המניות להיחשף למידע שאליו הוא לא ייחשף אם יגיש בקשה לאישור. ואולם, כפי שראינו, אין זה המצב, ובעל המניות המגיש בקשה לגילוי מסמכים נדרש לעמוד באותו רף ראייתי, ללא תלות בשאלה האם כבר הגיש בקשה לאישור אם לאו. זאת ועוד - הצדקה זו אף עשויה הייתה להיות בעלת משקל, אילו היה על בעל המניות לציין כבר בבקשה לאישור את זהות הנתבעים הפוטנציאליים שנגדם עומדת לחברה עילת תביעה, ופערי המידע היו מונעים זאת ממנו. אך, בכל הנוגע לדין הראוי, נדמה שאין כל הכרח לקבוע חובה שכזו (ולמעשה, גם בתובענה ייצוגית עשויים להתקיים פערי מידע דומים, ובכל זאת, לא נקבע הסדר ייחודי שכזה).

בנסיבות אלה, הדעת נותנת כי הצדקה שנייה זו, שנועדה "לאפשר" לבעל מניות להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת, נוגעת למחסומים הייחודיים המוצבים בפני המבקש בבקשה לאישור תביעה נגזרת – בהליך זה, בשונה מהליכים אחרים, נדרש בעל המניות להתמודד עם טענות הנוגעות לחובת הפנייה המוקדמת לדירקטוריון החברה. עוד עליו להתגבר על חזקת התקינות הקמה מכוח "כלל שיקול הדעת העיסקי" (Business Judgment Rule). לעמדתנו, שיקול זה בעל משקל בשיטות משפט שבהן נוהגים בתי המשפט לדון בבקשות לסילוק על הסף של התביעות הנגזרות בשלב מוקדם יחסית של ההליך. זהו המצב למשל בדלאוור.<sup>66</sup> כדי לאפשר לבעל המניות שם להגיש את ההליך ולהתגבר על טענות הסף, נדרש גילוי מסמכים מוקדם, ולו ראשוני. למעשה, הצדקה דומה עמדה בבסיס החלטתו של בית המשפט בדלאוור לאפשר גילוי מסמכים גם בתובענה ייצוגית.<sup>67</sup>

ואולם, הצדקה זו בעלת משקל מוגבל בדין הישראלי - ראשית, לפי הפסיקה, ככלל, בתי המשפט לא ממהרים לבחון טענות סף המועלות כנגד בקשה לאישור תביעה נגזרת בנפרד מבירור הטענות לגופם של דברים;<sup>68</sup> ושנית, בישראל השימוש בטענות הייחודיות האמורות כטענות סף הוא פחות נפוץ. בניגוד לדלאוור,<sup>69</sup> בתי המשפט בישראל מקבלים כמובן מאליו כי הפניית בקשת האישור כנגד הדירקטורים המכהנים פוטרת את המבקש מחובת הפנייה המוקדמת.<sup>70</sup> ממילא, כדי לעבור מחסום זה, די לבעל המניות כי בקשת האישור מופנית כנגד הדירקטורים המכהנים, מצב שהוא פרדיגמטי בהליך מסוג זה.

<sup>66</sup> ראו, למשל, אסף חמדני ושרון חנס "הגינות מלאה! עיון נוסף בביקורת השיפוטית על עסקאות בניגוד עניינים" משפטים מז' 761, 812-809 (2018); Radin, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1290, 1293, 1298, 1309-1310; Randall S. Thomas, *Improving Shareholder Monitoring of Corporate Management by Expanding Statutory Access to Information*, 38 ARIZ. L. REV. 331, 358-359 (1996) (להלן: Thomas).

<sup>67</sup> פרשת Lavin, לעיל ה"ש 60, בעמ' 20-21.

<sup>68</sup> ראו, תנ"ג 12839-08-12 **העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המנהל והשירותים נ' בן לביא** (פורסם בנבו, 14.3.2013).

<sup>69</sup> למצב בדלאוור, לפיו, עצם הפניית עילת התביעה כנגד הדירקטורים המכהנים אינה מצדיקה מתן פטור מפנייה מוקדמת ואינה שוללת את כלל שיקול הדעת העיסקי המוקנה להם, ראו Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 814 (Del. 1984); אסף חמדני ורות רונן "מי שולט בתביעה הנגזרת?" (עתיד להתפרסם ב**ספר דנציגר**), פרק ג (להלן: חמדני ורונון).

<sup>70</sup> ראו, תנ"ג 13663-03-14 **ניומן נ' פיננסיטק**, בפסקאות 42-46 (פורסם בנבו, 24.5.2015).

ודוק; הספק המועלה לגבי הצדקה זו, והמצב מעבר לים, אינם עומדים בחלל הריק. הם מלמדים כי הסדר גילוי המסמכים הייחודי מחייב לבחון את יחסו של בית המשפט בישראל לבקשות לסילוק על הסף של בקשות לאישור תביעה נגזרת. אכן, בהיעדר הסדר ייחודי שכזה, וללא קבלת מסמכים, יש טעם רב ביישום ההלכה הפסוקה, לפיה, בית המשפט לא ימהר לדון בבקשות לסילוק על הסף ולקבלן. ואולם, משניתנת למבקש האפשרות לקבל מסמכים רלוונטיים שנועדו להתגבר על טענות אלה, ובוודאי אם הוא אכן קיבל מסמכים אלה, אין כל טעם טוב שבית המשפט לא יידרש כבר בשלב מוקדם של הדיון בבקשת האישור לטענות דומות.<sup>71</sup> אדרבא, יהיה בכך היגיון רב דווקא ככל שמדובר בטענות מהסוג שהזכרנו – כך, למשל, בבסיס "כלל שיקול הדעת העיסקי" עומד הרצון להקים מחסום המונע תקיפת החלטות של דירקטוריון החברה לגופן, דבר המצדיק את בירורה של טענה זו כבר בשלב מוקדם.<sup>72</sup>

סיכומו של דבר – על פני הדברים, מתעורר ספק האם ההצדקות הקיימות לגילוי מסמכים מוקדם בתביעה נגזרת מתאימות לדין הישראלי. ומכל מקום, ההצדקות העומדות בבסיס ההסדר הייחודי של גילוי המסמכים המוקדם אינן עומדות בחלק הריק. הן מחייבות יצירת יחסי נאמנות בין בעל המניות שקיבל את המסמכים לבין החברה. הן מחייבות להגביל את היקף המסמכים שיגולו, ואף יש בהן להצדיק הגמשה של הכללים הנהוגים לגבי סילוק על הסף של בקשות לאישור תביעה נגזרת.

### **3.ג. הסדר גילוי המסמכים בתביעה נגזרת – הסדר חסר תקנה?**

כפי שראינו, ההוראות המהותיות הנוגעות למנגנון התובענה הייצוגית מוסדרות בחוק תובענות ייצוגית, ואילו ההסדרים הדיוניים בתחום התובענות הייצוגיות עוגנו גם בתקנות, הן תקנות תובענות ייצוגיות, הכוללות, בין היתר, גם הוראות לגבי סדרי הדיון הנוגעים לגילוי מסמכים בגדר תובענה ייצוגית. בכל הנוגע לתביעה נגזרת המצב שונה – הן ההוראות המהותיות, והן ההוראות הנוגעות לגילוי מסמכים הוסדרו בחוק, הוא חוק החברות.

בסעיף 206 לחוק החברות – שנחקק לפני קרוב לשני עשורים – הסמיך המחוקק את שר המשפטים לקבוע תקנות שאמורות להסדיר באופן מפורט את ההליך הדיוני בתחום התביעות הנגזרות. חרף חלוף השנים, חרף הגידול הניכר במספר ההליכים הנגזרים וחרף הקריאות להסדרת הנושא,<sup>73</sup> שר המשפטים טרם עשה שימוש בסמכותו.

מצב זה של הסדרת-חסר של תחום התביעות הנגזרות בכלל, ושל ההסדרים הנוגעים לגילוי מסמכים בתחום זה בפרט, הוא מצב בלתי רצוי. הגורמים השונים שפועלים בתחום זה – החברות, בעלי-הדין, באי כוחם ואף בתי המשפט – נאלצים, לא אחת, לגשש באפילה הדיונית

<sup>71</sup> ראו והשוו, ת"א 47302-05-16 **בטר פלייס ישראל (ח.ת.) 2009 בע"מ (בפירוק) נ' אגסי**, בפסקאות 81-89 (פורסם בנבו, 12.9.2018) (להלן: פרשת **בטר פלייס**), שם סילק על הסף בית המשפט המחוזי תביעה שהגישו מפרקים נגד נושאי משרה, תוך שהוא מפנה לכך שהמידע שנחשף בפניהם מצדיק דיון מוקדם בשאלת תחולת "כלל שיקול הדעת העיסקי".

<sup>72</sup> שם, בפסקה 85.

<sup>73</sup> הכתבה בעניין אנטרופי, לעיל ה"ש 41 (שם מצוטט כב' השופט י" שינמן כאומר כי "חוק החברות הסמיך את שר המשפטים לקבוע כללים ותקנות לטיפול בתביעה נגזרת ועד היום זה לא נעשה", וכי "התוצאה היא שבפסקי הדין שלנו אין תורה סדורה ואין כללים"; נועם זמיר "מרוב שמתעסקים בתובענות ייצוגיות – שכחו את התביעות הנגזרות" **The-Marker** (5.10.2016), <https://www.themarker.com/opinion/1.3087831>.

שנוצרה עקב אי-התקנת תקנות, תוך שהם ממלאים את החסר בהיקשים מסדרי הדין האזרחי הכלליים, ובפרט, מסדרי הדין בתובענות ייצוגיות.<sup>74</sup>

צעד חיובי בהקשר זה נרשם בחודש מאי 2017, שעה שמשרד המשפטים פרסם להערות הציבור את תזכיר תקנות תביעה נגזרת. מדובר בתזכיר מפורט של תקנות העתידות להסדיר את תחום התביעות הנגזרות. באופן מוצהר, תזכיר זה מבוסס כמעט במלואו על ההסדרים החוקיים החלים על בקשות לאישור תובענות ייצוגיות, כפי שמצאו ביטויים בתקנות תובענות ייצוגיות.<sup>75</sup> כך, למשל, על מנת למנוע ריבוי בקשות אישור באותו נושא, מוצע בתזכיר ליצור פנקס תביעות נגזרות, בו ירוכזו הפרטים על הבקשות לאישור המוגשות - הסדר דומה להסדר הקיים בתחום התובענות הייצוגיות; כך, למשל, מאמץ התזכיר את ההסדרים ביחס למועדים להגשת כתבי טענות בבקשה לאישור תובענה ייצוגית גם לגבי בקשה לאישור תביעה נגזרת; וכך, למשל, מוחלות רבות מההוראות הנוגעות להסתלקות ולפשרה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית גם על בקשה לאישור תביעה נגזרת.

לעמדתנו, ההסתמכות הכמעט אוטומטית על תחום התובענות הייצוגיות היא בעייתית, ובפרט, בהתחשב בהבדלים בין שני סוגי ההליכים בנושא גילוי מסמכים – בעוד חוק החברות מסדיר במפורש את האפשרות להגיש הליך נפרד לגילוי מסמכים מוקדם, הסדר חוקי דומה לא קיים בתחום התובענות הייצוגיות. למרות זאת, התזכיר התעלם מכך שהוראותיו של חוק החברות הולידו הסדר מסוג שלישי – לצד בקשה לאישור תביעה ייצוגית ובקשה לאישור תביעה נגזרת – הוא בקשה לגילוי מסמכים מוקדם. בתזכיר אין זכר להסדר זה, והוא דן אך ורק בבקשה לאישור תביעה נגזרת ובפרוצדורות שתחולנה עליה. חסר זה עלול להיות בעייתי במיוחד, שהרי, בניגוד לבקשות לאישור תביעה נגזרת, שניתן להקיש לגבי הדינים החלים עליהן מהדינים החלים על בקשות לאישור תובענה ייצוגית, לבקשות גילוי מסמכים מוקדם אין מקבילה חקיקתית מתאימה.

התקנת תזכיר תקנות תביעה נגזרת, כמות שהוא, עלולה לעורר, אפוא, קשיים רבים. היא תביא לכך שהסדר שלם ונפרד בחוק החברות לא מוסדר כלל בתקנות, על אף רצונו של מחוקק המשנה לקבוע הוראות בתחום התביעות הנגזרות. היא עלולה, לכל הפחות, לעורר שורה ארוכה של שאלות פרשניות – כך, למשל, בסעיף 3(ג) לתזכיר נקבעו הוראות בנוגע למועדים להגשת כתבי טענות (90 ימים להגשת תשובה, ו-30 ימים להגשת תגובה לתשובה), אך אין בתזכיר התייחסות מפורשת לשאלה האם מועדים אלה חלים גם ביחס לבקשה לגילוי מסמכים מוקדם, ואם לא, מתי נדרשת החברה להשיב לבקשה זו; כך, למשל, סעיף 4(א) לתזכיר מחייב מגיש בקשה לאישור למסור הודעה על הגשתה למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס, אך לא נאמר במפורש האם חובה כזו קמה גם על בעל מניות המגיש בקשה לגילוי מסמכים מוקדם; כך, למשל, סעיף 11(א) לתזכיר קובע את סדרי הדין הנוגעים לבעל מניות המבקש להסתלק מבקשה לאישור, אך אין בו התייחסות מפורשת לשאלה האם הסדר זה יחול גם ביחס להסתלקות מבקשה לגילוי מסמכים מוקדם או ביחס למבקש שבקשת גילוי המסמכים המוקדם שלו התקבלה ואשר בחר, לאחר עיון במסמכים, שלא להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת; כך, למשל, סעיף 22 לתזכיר קובע חובת

<sup>74</sup> רע"א 1365/17 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר, בפסקאות 16 ו-19 (פורסם בנבו, 9.3.2017).

<sup>75</sup> בדברי ההסבר לתזכיר צוין, כי "התקנות המוצעות מבוססות במידה רבה על ההסדרים הנוהגים ביחס לתביעות



פרסום ביחס לקבלת בקשה לאישור תביעה נגזרת ולהסתלקות מבקשה זו, אך אין התייחסות מפורשת לשאלה האם חובה כזו קמה גם לגבי קבלת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם או הסתלקות ממנה.

הנה כי כן – מחוקק המשנה מתכוון לעשות צעד אחד קדימה בנושא הסדרת תחום התביעות הנגזרות. ואולם, ההסדרה המתוכננת חלקית וחסרה, והיא עלולה להזניח חלק חשוב בתחום זה, ההולך ותופש מקום רב יותר ויותר בליטיגציה בתחום דיני החברות וניירות הערך.

## **ד. סוגיות בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם – טרם הגשת הבקשה, במהלך הדיון בה ולאחר ההכרעה בה**

משהסדר גילוי המסמכים המוקדם נמצא בחיתוליו, ומשלא נקבע בתקנות הסדר ברור וממצה, נבחן להלן שורה של סוגיות העשויות להתעורר, הן טרם הגשת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם, הן במהלך הדיון בה, והן לאחר ההכרעה בה. ראוי כי מחוקק המשנה ישית ליבו גם לסוגיות אלה, טרם שתזכיר תקנות תביעה נגזרת יותקן.

### **ד.1. פנייה מוקדמת טרם הגשת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם**

כידוע, התביעה הנגזרת מהווה חריג לעיקרון האישייות הנפרדת של החברה, בהפקיעה את סמכות ההחלטה בקשר להגשת התביעה מהאורגנים המוסמכים של החברה.<sup>76</sup> נוכח חריגותו של ההליך, קבע המחוקק כי תנאי מוקדם להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת, הוא פנייה של בעל המניות לדירקטוריון החברה בדרישה מוקדמת למיצוי עילת התביעה.<sup>77</sup> מדובר בדרישה מהותית, המצמצמת במידת מה את הפגיעה בסמכותם של האורגנים המוסמכים של החברה, ואף מסייעת בהגשת הליכים "בשלים" יותר לבית המשפט.<sup>78</sup> לצד האמור, המחוקק קבע פטור מפנייה מוקדמת לחברה כאשר רוב הדירקטורים בחברה נגועים ב-"עניין אישי" הקשור בפנייה המוקדמת או כאשר פנייה מוקדמת תוביל לסיכול הגשת התביעה.<sup>79</sup>

על רקע האמור, נשאלת השאלה האם בעל מניות נדרש לפנות בפנייה מוקדמת לחברה גם טרם הגשת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם. בית המשפט המחוזי הביע עמדה שלילית בנושא.<sup>80</sup> לפי פסיקה זו, תכליתו של סעיף 198א לחוק היא לאפשר לבעל מניות גישה למסמכים כדי להחליט האם יש מקום להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת, וממילא, אין רלוונטיות לפנייה לחברה לדרוש ממנה למצות את זכויותיה טרם השלמת הליך גילוי המסמכים המוקדם. שאלה דומה הושארה בצריך עיון על-ידי בית המשפט העליון.<sup>81</sup>

---

ייצוגיות לפי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006... ותקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010...".  
<sup>76</sup> רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, בפיסקה 15 (פורסם בנבו, 26.4.2015) (להלן: פרשת אפריקה ישראל).

<sup>77</sup> סעיפים 194(ב) ו-194(ג) לחוק החברות. להרחבה בנושא חובת הפנייה המוקדמת ראו גם הצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, ה"ח 2432/76; תני"ג (ת"א) 815-09-13 לנואל נ' מאור, בפיסקה 41 (פורסם בנבו, 14.4.2015).

<sup>78</sup> ציפורה כהן בעלי מניות בחברה – זכות תביעה ותרופות כרך ג 525-522 (מהדורה שנייה, 2010); תני"ג 46924-05-11 דיין נ' פתאל, בפיסקה 100 (פורסם בנבו, 4.9.2012).

<sup>79</sup> סעיף 194(ד) לחוק החברות.

<sup>80</sup> תני"ג (כלכלית) 53957-05-13 לנואל נ' בנק הפועלים בע"מ, בפיסקה 7א (פורסם בנבו, 3.2.2014); ת"א (כלכלית) 1905-02-14 נשר נ' בנק הפועלים בע"מ, בפיסקה 11 (פורסם בנבו, 24.7.2014).

<sup>81</sup> רע"א 8798/18 קרן טולפ קפיטל נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, בפסקאות 23-24 (פורסם בנבו, 22.5.2019).

ואולם, לצד סוגייה זו, מתעוררת השאלה האם לא קיימת לבעל מניות חובת פנייה מוקדמת מסוג אחר – לא לצורך מיצוי עילת תביעה, אלא על מנת לאפשר לחברה לשקול את העברת המסמכים ללא צורך בהליך משפטי.

יש לזכור כי הליך של בקשה לגילוי מסמכים מוקדם משלב בין הדינים החלים על הליכי תביעה נגזרת לבין הדינים החלים על הליכי גילוי מסמכים. בהתאם, בפסיקה נקבע במפורש כי "על הליך לפי סעיף 198א לחוק החברות יש להחיל את הכללים הרגילים החולשים על בקשות לגילוי מסמכים...".<sup>82</sup> אחד הכללים "הרגילים" כאמור מעוגן בתקנה 120(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, המחייבת בעל-דין להקדים פנייה לצד ממנו הוא מבקש לקבל את המסמכים, ולתת לו שהות בת שלושים ימים להשיב לו. ואכן, בפסיקת בית המשפט העליון ניתן למצוא מספר אמירות, מהן עולה כי תקנה זו חלה גם ביחס לבקשה לאישור תובענה ייצוגית,<sup>83</sup> כמו גם ביחס לבקשה לאישור תביעה נגזרת.<sup>84</sup>

על מנת להתעמק בשאלה האם חובת הפנייה המוקדמת מכוח תקנה זו חלה גם בהסדר הייחודי נשוא דיוננו יש להידרש לתכלית העומדת ביסודה - יצירת שיג ושיח עצמאי ומקדים בין הצדדים בנוגע לגילוי המסמכים, בטרם יידרש בית המשפט להתערב בסוגיה, כדי להבהיר את גדר המחלוקת ולמנוע התדיינויות מיותרות בבית המשפט.<sup>85</sup> התכלית האמורה שונה מהתכלית העומדת ביסוד חובת הפנייה המוקדמת הקיימת מכוח חוק החברות - בעוד החובה האחרונה נובעת, בעיקרו של דבר, מכך שעילת התביעה הנטענת שייכת לחברה ויש לאפשר לה לשקול למצותה, הרי שחובת הפנייה לחברה טרם הגשת בקשה לגילוי מסמכים היא בעלת אופי דיוני יותר הנוגע ליעילות הדיון. בהתאם, על פניו, לא נראה שקיים טעם ענייני לוותר על דרישה זו בכל הנוגע להסדר נשוא הדיון.<sup>86</sup>

עמדה זו עולה בקנה אחד עם המצב המשפטי בדלאוור. לפי הדין שם, בעל המניות נדרש לפנות, בכתב, למענה הרשום של החברה בדלאוור או למקום העסקים הראשי שלה, תוך פירוט מטרת הפנייה ומתן מידע על המסמכים המבוקשים, והחברה רשאית להשיב לפנייה זו בתוך חמישה ימים.<sup>87</sup> חובת פנייה מוקדמת זו נועדה לעדכן את החברה על כוונתו של בעל המניות לממש את זכותו לבקש את המסמכים, ובדרך זו לחסוך הוצאה מיותרת של זמן וכסף, על-ידי מתן אפשרות לצדדים להגיע להסכמה ללא צורך בפנייה לערכאות.<sup>88</sup>

<sup>82</sup> פרשת אינטרקולוני, לעיל ה"ש 48, בפסקה 1 לפסק דינו של כב' השופט י' עמית.

<sup>83</sup> פרשת יפעת, לעיל ה"ש 25, בעמ' 520 (שם נדונה בקשה לגילוי מסמכים כחלק מהליך תובענה ייצוגית).

<sup>84</sup> רע"א 3389/12 פלוני נ' בנק הפועלים בע"מ, בפסקה 5 (פורסם בנבו, 5.8.2012); תני"ג 16698-03-16 בן חמו נ' אסם השקעות בע"מ, בפסקה 13 (פורסם בנבו, 15.3.2016).

<sup>85</sup> פרשת יפעת, לעיל ה"ש 25, בעמ' 520.

<sup>86</sup> שאלה נפרדת וראויה לליבון היא כיצד להבטיח שבעל מניות שפנה לחברה בפנייה מוקדמת טרם הגשת בקשה לגילוי מסמכים, לא ייפגע בשל כך ב-"תחרות" העלולה להיווצר בינו לבין בעלי מניות אחרים שלא פנו לחברה והגישו לאחר מכן בקשה לאישור תביעה נגזרת. ייתכן שהפיתרון לשאלה זו מצוי במתן עדיפות לבעל המניות שפנה בפנייה מוקדמת, גם אם ההליך שיגיש לבית המשפט יהיה המאוחר בזמן.

<sup>87</sup> לפירוט בנושא חובת הפנייה המוקדמת, ראו, למשל, Young, לעיל ה"ש 44, עמ' 861-863; Thomas, לעיל ה"ש 66, בעמ' 347; Randall S. Thomas & Kenneth Martin, *Using State Inspection for Discovery in Federal Securities*; 347 *Central Laborers Pension Fund v. News Corp.*, 45 A.3d 139; *Fraud Actions*, 77 B.U. L. REV. 69, 89 (1997) (Del. 2012).

<sup>88</sup> Young, ה"ש 44 לעיל, עמ' 861.

סיכומה של נקודה זו – על בתי המשפט לשקול בחיוב קביעה כי בעל מניות נדרש לפנות לחברה בפנייה מוקדמת לפני בקשה לגילוי מסמכים מוקדם.<sup>89</sup> מדובר בפנייה שאמורה ליטול פרק זמן קצר, אך עשויה להביא לחיסכון זמן ולייעול ההליכים.

## **2.ד. התנאים למתן צו לגילוי מסמכים ושאלת תחולת "כלל שיקול הדעת העסקי" על החלטת החברה שלא לגלות מסמכים**

התנאים לקבלת בקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק החברות הותוו בחוק החברות ובפסיקה: **ראשית**, לפי סעיף 198א(א), מבחינת מעמד (standing), מי שרשאי להגיש בקשה שכזו הוא רק "מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת לפי סעיף 197", כלומר, בעל מניות, דירקטור, ובמקרים מסוימים, גם נושה של החברה; **שנית**, בית המשפט רשאי לקבל את הבקשה, רק "אם שוכנע כי המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת המנויים בסעיף 198א(א)", כלומר, כי "לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב", וכי קיים סיכוי שהבקשה לאישור תתקבל;<sup>90</sup> **שלישית**, המבקש נדרש להוכיח כי המסמכים שגילויים נדרש רלוונטיים לשלב הבקשה לאישור, כך שיגולו רק "מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת";<sup>91</sup> **רביעית**, הליך גילוי המסמכים כפוף למגבלות נוספות החלות מכוח הדין הכללי על כל הליך גילוי מסמכים, כגון שאלת ההכבדה וחסינות.<sup>92</sup> תנאים אלה מהווים המחשה נוספת להיותו של סעיף 198א לחוק החברות יצור כלאיים - שני התנאים הראשונים נובעים מכך שהסדר זה הוא חלק ממנגנון התביעה הנגזרת, ואילו שני התנאים האחרונים נובעים מדיני גילוי המסמכים בדין האזרחי הכללי.

לטעמנו, לתנאים האמורים יש להוסיף תנאי מפורש נוסף, המביא לידי ביטוי את ייחודיותו של הסדר גילוי המסמכים מושא הדין. אמנם, כפי שראינו, סעיף 198א לחוק החברות מתנה במפורש את גילוי המסמכים בהוכחה כי "התביעה וניהולה הן לטובת החברה". אלא שהליך גילוי המסמכים אינו התביעה עצמה, ובהחלט עשויים להיות מצבים שבהם תונח תשתית ראייתית לכך שהתביעה העתידית עצמה תשרת את טובת החברה, אך עצם מתן זכות עיון במסמכים המבוקשים עלול לחתור תחת טובתה של החברה. כך עשוי לקרות, למשל, במקרה שבו העברת המסמכים תחשוף את החברה לטענות בדבר הפרת התחייבויותיה או במקרה שהמסמכים עלולים ללמד על קיום עילת תביעה (אישית או ייצוגית) כנגד החברה. נדמה, כי במצבים אלה, וככל שלא ניתן למנוע את הפגיעה בטובת החברה, אין די בכך כי בית המשפט שוקל את טובתה העתידית של

<sup>89</sup> לכתיבה התומכת בהטלת חובת פנייה מוקדמת ראו יעל ארידור בר-אילן "גילוי מסמכים" כזירת הקרב המרכזית בהליכי תובענה נגזרת", צפוי להתפרסם בקריית המשפט יא (להלן: **ארידור בר-אילן**). המאמר זמין לצפייה ב-<https://www.ono.ac.il/wp-content/uploads/%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8-%D7%92%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%99-%D7%9E%D7%A1%D7%9E%D7%9B%D7%99%D7%9D-31.12.2017.pdf>.

<sup>90</sup> פרשת **אינטרקולוני**, לעיל ה"ש 48, בפסקאות 59-60; פרשת **לביב**, לעיל ה"ש 1, בפסקה 4. לדיון בשאלת התשתית הראייתית הדרושה ראו ארידור בר-אילן, לעיל ה"ש 89. במאמרה מציעה ד"ר ארידור בר-אילן לאמץ כלל נוסף, לפיו, בקשה לגילוי מסמכים לפני הגשת בקשה לאישור תותר רק מטעמים מיוחדים. לעמדתנו, כלל כאמור עלול ליצור חוסר ודאות ולעורר התדיינויות משפטיות רבות בשאלה זו.

<sup>91</sup> פרשת **אינטרקולוני**, לעיל ה"ש 48, בפסקה 60.  
<sup>92</sup> שם, שם.

החברה כתוצאה מהגשת התביעה, אלא יש לבחון גם האם העברת המסמכים כשלעצמה עלולה לפגוע בטובת החברה.<sup>93</sup>

לצד האמור, התנאי הנזכר לעיל בדבר קיומה של תשתית ראייתית מתאימה לקבלת הצפוייה של הבקשה לאישור מעלה שאלה הנוגעת לתחולת "כלל שיקול הדעת העיסקי" על החלטות החברה בנושא גילוי המסמכים. כידוע, החלטות של נושאי משרה בחברה, לרבות הדירקטוריון שלה, חוסות תחת "כלל שיקול הדעת העיסקי", שאומץ בפסיקה.<sup>94</sup> כלל זה מקים חזקה כי החלטת דירקטוריון היא תקינה, כל עוד הדירקטוריון נהג בתום לב מבחינה סובייקטיבית, לא היה נגוע בניגוד עניינים ביחס להחלטה שקיבל, ופעל באופן "מיודע".<sup>95</sup> ביסוד "כלל שיקול הדעת העיסקי" עומדים טעמים כבדי משקל, אותם מנה בית המשפט העליון בפרשת **מנשה**<sup>96</sup>: מניעת הרתעת יתר ועידוד הדירקטורים ליטול סיכונים ולהפעיל שיקול דעת חופשי; מניעת התערבות שיפוטית בהחלטות עסקיות; מניעת תביעות סרק והצפת בתי המשפט בתביעות; והימנעות מהטיית ה-"חכמה בדיעבד", כאשר ההחלטה העסקית של נושאי המשרה נבחנת לאחר שכבר ידוע שהתוצאה של ההחלטה לא הייתה כמצופה.

על פי הפסיקה, "כלל שיקול הדעת העיסקי" חל על כל ההחלטות שמקבלים נושאי משרה בחברה, ובפרט על החלטה להימנע מהגשת תביעה נגד צד שלישי.<sup>97</sup> בית המשפט העליון עיגן זאת בפרשת **מנשה**<sup>98</sup> - באותו עניין ביקש בעל מניות להגיש תביעה בשם החברה נגד צד שלישי, בניגוד להחלטת דירקטוריון החברה שלא להגיש תביעה שכזו. בית המשפט העליון דן במידת ההתערבות בהחלטת הדירקטוריון שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה, וקבע כי היא חוסה תחת "כלל שיקול הדעת העיסקי", שכן מדובר ב-"החלטה עסקית כמו כל החלטה אחרת, והיא כוללת בחובה שיקולים שונים, ובהם: הערכת סיכוייה של התביעה...; הערכת העלות הכלכלית של ניהול התביעה מול הרווח הצפוי להיווצר ממנה; וכן שקילת השלכות נוספות שעשויות להיות להגשת התביעה על החברה, כגון השלכה על קשריים עסקיים או אחרים של החברה עם צדדים שלישיים, פגיעה במוניטין שלה ועוד".<sup>99</sup>

בהמשך לכך, בפרשת **אינטרקולוני**,<sup>100</sup> בית המשפט המחוזי בתל אביב דן בשאלה האם ניתן להחיל את "כלל שיקול הדעת העיסקי" על החלטת דירקטוריון שלא להגיש תביעה גם נגד

<sup>93</sup> ראו והשוו, רע"א 729/17 **אפריקה ישראל נ' אפריקה ישראל**, פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט י' עמית (פורסם בנבו, 31.7.2017), שם מובא כדוגמה מצב בו "תובע נגזר סבור כי מסמך מסוים המצוי בידי החברה עשוי לשרת את התביעה הנגזרת, בעוד שהחברה חוששת שחשיפת המסמך תסב לה נזקים כבדים במישורים אחרים...".  
<sup>94</sup> ע"א 7735/14 **ורדניקוב נ' אלוביץ'**, בפסקאות 71-74 (פורסם בנבו, 28.12.2016) (להלן: פרשת **ורדניקוב**).

<sup>95</sup> שם, בפסקה 75.  
<sup>96</sup> ע"א 4857/16 **מנשה נ' יוז'ן אייר בע"מ**, בפסקה 31 (פורסם בנבו, 24.4.2018). עוד ראו: רות רונן ושיר אשכול "כלל שיקול הדעת העסקי והדרישה לקבל החלטה 'מיודעת' משפטים מז' 583 (2018); תני"ג (המחלקה הכלכלית) 13663-03-14 **ניומן נ' פיננסיטק בע"מ**, בפסקאות 51-55 (פורסם בנבו, 24.5.2015); תני"ג (המחלקה הכלכלית) 17542-11-15 **הרפז נ' בנק הפועלים בע"מ**, בפסקה 37 (פורסם בנבו, 19.11.2017); פרשת **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 94, בפסקה 68.

<sup>97</sup> תני"ג (המחלקה הכלכלית) 32489-02-12 **אלטמן נ' אורמת תעשיות בע"מ**, בפסקאות 13-20 (פורסם בנבו, 3.10.2013); תני"ג (המחלקה הכלכלית) 12839-08-12 **בן לביא נ' העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים**, בפסקאות 126 ו-132-135 (פורסם בנבו, 20.10.2015).  
<sup>98</sup> פרשת **מנשה**, לעיל ה"ש 96, בפסקאות 33-38.

<sup>99</sup> שם. עוד ראו באותו עניין רע"א 905/18 **כימיקלים לישראל בע"מ נ' שיירי** (פורסם בנבו, 2.5.2018).  
<sup>100</sup> תני"ג (המחלקה הכלכלית) 53151-03-15 **שקדי נ' אינטרקולוני השקעות בע"מ** (פורסם בנבו, 12.7.2018).

נושאי משרה בחברה לשעבר. בית המשפט המחוזי השיב בחיוב, וציין כי גם במקרה שכזה, כמו במקרה של תביעה נגד צד שלישי "זר" לחלוטין, "אין סיבה להניח מראש כי החלטת הדירקטוריון החדש שלא להפעיל את כוח התביעה של החברה נגועה בכשל או בבעיית נציג".<sup>101</sup> בכך נתנו בתי המשפט משקל רב להחלטות דירקטוריון והדגישו את כלל אי-ההתערבות בהחלטות הנוגעות למימוש זכות התביעה של החברה.

אך מהו הדין ביחס להחלטת חברה שלא להיעתר לדרישת בעל מניות לגילוי מסמכים מוקדם? האם גם החלטה זו תחסה תחת "כלל שיקול הדעת העסקי"? למיטב ידיעתנו, הנושא טרם התברר בפסיקה.

על פני הדברים, אם "כלל שיקול הדעת העסקי" חל על החלטת הדירקטוריון שלא להגיש תביעה, הוא אמור לכאורה לחול גם החלטה המסרבת להעניק מסמכים לצורך הגשת אותה תביעה בדיוק. אלא שהדברים אינם כה פשוטים – בניגוד לשאלת הגשתה של תביעה כנגד צד שלישי, שהיא בעלת היבטיים עסקיים כאמור, שאלת גילוי המסמכים עשויה להיות בעלת היבטים דייוניים יותר, כחלק ממחלוקת בין החברה לבין אחד מבעלי מניותיה, לעניין אותה תביעה. זאת ועוד – אם דירקטוריון החברה זוכה לחזקת התקינות מכוח "כלל שיקול הדעת העסקי" בהחלטה בנושא גילוי מסמכים, מדוע שלא יזכה לחזקה דומה לגבי כל שלב ושלב גם בבקשה לאישור תביעה נגזרת, כגון במקרה שבו הוא מתנגד להעדת עדים מסוימים ועוד?

נראה, אפוא, כי התשובה לשאלה זו מחייבת, בראש ובראשונה, לבחון את הטעם בבסיס התנגדותו של הדירקטוריון למסירת המסמכים. כך, למשל, עשוי דירקטוריון החברה לסרב למסור את המסמכים, מכיוון שהוא חושב, כבר באותו שלב מקדמי, כי טובת החברה מחייבת שלא להגיש תביעה בעילה הנדונה בבקשה לגילוי מסמכים. כאמור, החלטה זו הייתה חוסה תחת "כלל שיקול הדעת העסקי", אם הייתה מוגשת בקשה לאישור, אך אין כל טעם ממשי לסבור שהחלטה זו לא תהיה בעלת נפקות דומה, רק מהטעם שהוגשה בקשה לגילוי מסמכים מוקדם. שהרי, כאמור, סעיף 198א(ב) לחוק החברות קובע כי בעל המניות נדרש להניח תשתית ראייתית ראשונית ל-"קיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת המנויים בסעיף 198א(א)". אמנם, נוכח השלב המקדמי של ההליכים, קושי מסוים עשוי להתעורר אם דרישת בעל המניות לגילוי מסמכים אינה מפורטת די הצורך. כך, עשוי בעל המניות לטעון כי יש בידיו מידע מסוים, למשל בקשר לנזק שנגרם לחברה, ואילו המסמכים שאליהם מתייחסת בקשתו דרושים לו, בין היתר, על מנת לבחון מי אחראי לנזק ומהו טיבה המדויק של עילת התביעה. אלא שלדעתנו חוסר פירוט זה אינו שולל את יכולתו של דירקטוריון החברה לקבל החלטה מיוחדת (כנדרש על מנת לחסות תחת "כלל שיקול הדעת העסקי"), שכן הנחת המוצא של הבקשה לגילוי מסמכים מוקדם היא שברשות החברה מידע מספק, הנדרש בגדר הבקשה, כדי לשיקול האם עומדת לחברה עילת תביעה כלשהי נגד מאן דהוא בקשר לאותו עניין.

סיכומו של דבר, אין לשלול באופן גורף את תחולת כלל "שיקול הדעת העסקי" רק מהטעם שהחלטת הדירקטוריון התקבלה בשלב הבקשה לגילוי מסמכים מוקדם. יש לבחון את

<sup>101</sup> שם, בעמ' 27. לדיון נרחב בסוגייה ראו, חמדני ורוני, לעיל ה"ש 69.

הטעמים שבבסיס החלטת הדירקטוריון והאם הם מערבים דיון בשיקולים בגינם הוכרה מלכתחילה חזקת התקינות.

### ד.3. בקשה לתיקון ולהוספת ראיות במסגרת הדיון בבקשה לגילוי מסמכים

#### מוקדם

בבקשה "רגילה" בכתב, נדרש בעל-הדין לפרט את מכלול טענותיו וראיותיו כבר בעת הגשת הבקשה.<sup>102</sup> בקשות לאישור תובענה ייצוגית או תביעה נגזרת אינן יוצאות מכלל זה, וגם בהן נדרש המבקש להגיש את מכלול ראיותיו ב-"חבילה אחת", בבקשתו.<sup>103</sup> על רקע האמור, נדרש בית המשפט העליון מספר פעמים לסטנדרט שלפיו תיבחנה בקשות לתיקון בקשות אישור – בין בשל רצונו של המבקש להוסיף טענות חדשות, ובין בשל רצונו להוסיף ראיות שלא צורפו לבקשת האישור.

תחילה, בית המשפט העליון קבע כי בניגוד לאמת המידה הליברלית שהתוותה הפסיקה ביחס לתיקון כתבי טענות "רגילים", בית המשפט לא יתיר בנקל תיקונם של כתבי טענות בבקשות לאישור תובענה ייצוגית, אם הוברר שהמבקש לא ערך מלכתחילה את בקשת האישור בכובד ראש, ולא כלל בה עובדות או נתונים שניתן היה להשיגם קודם להגשתה.<sup>104</sup> ואולם, בפסיקה מאוחרת, הביע בית המשפט העליון דעתו, כי שלילה קטגורית של האפשרות לתקן בקשה לאישור לשם הוספת עובדות וראיות שניתן היה לגלותן בשקידה סבירה לפני הגשת בקשת האישור – אך הן דרושות להכרעה בשאלה האמיתית השנויה במחלוקת – עלולה לפגוע באופן בלתי מידתי באינטרס הקבוצה ובאינטרס הציבור.<sup>105</sup>

שאלת הדין החל על בקשות לצירוף ראיה בהליך גילוי מסמכים מוקדם נדונה בפרשת **כימיקלים לישראל**.<sup>106</sup> באותו עניין, בתום דיון בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם, ולאחר שביט המשפט הטיל ספק בהצגתה של תשתית ראייתית מתאימה על-ידי המבקשת ונתן לה שהות לשקול את עמדתה לגבי בקשתה, היא הגישה בקשה לצירוף ראיה מסוימת שהיא פעלה להשגתה, בעקבות הערותיו של בית המשפט. בית המשפט העליון "הפך" את החלטתו של בית המשפט המחוזי שדחה בקשה זו. זאת, תוך שנקבע, בין היתר, כי "במסגרת הליך של בקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק החברות, ובפרט בקשה כאמור שהוגשה עובר להגשת הבקשה לאישור, יש לגלות גמישות יתרה בהוספתן של ראיות לפני ההכרעה בהליך. זאת, הן משום שמדובר בהליך מקדמי שבמקדמי, ומכאן שהפגיעה הדיונית שתיגרם – ככל שתיגרם – למשיב בשל הוספת הראיה תינתן לריפוי במסגרת הליך הבקשה לאישור או בהליך העיקרי. בנוסף, נוכח פערי המידע אשר מטבע הדברים דווקא בהליך מעין זה הם גדולים, כמוסבר לעיל".<sup>107</sup>

הדיון לעיל מלמד על הצורך במחשבה נוספת בכל הנוגע לקביעת מדיניות של "גמישות יתרה" כלפי בקשות לצירוף ראיות, ובפרט, כאלה המתייחסות לראיות שניתן היה לגלותן בשקידה

<sup>102</sup> תקנה 241(א) לתקנות סדר הדין הישנות.

<sup>103</sup> תקנה 2(א) לתקנות תובענות ייצוגיות.

<sup>104</sup> ראו, למשל, רע"א 625/00 **שאבי נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 13.6.2000); רע"א 2444/08 **שופרסל בע"מ נ' כהן** (פורסם בנבו, 21.12.2008).

<sup>105</sup> פרשת **אינסלר**, לעיל ה"ש 51, בפסקה 17.

<sup>106</sup> רע"א 5403/17 **ר'בקה טכנולוגיות נ' חברת כימיקלים לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 5.12.2017).

<sup>107</sup> שם, בפסקה 24.

סבירה טרם הגשת הבקשה לגילוי מסמכים מוקדם. הקביעה כי מדובר בהליך מקדמי שבמקדמי אינה נותנת משקל ראוי לכך שבקשה מסוג זה, וגם התשובה לה, נתמכת בתצהיר, אליו מצורפות הראיות. זאת ועוד – כפי שראינו, פערי המידע הם נחלתו של כל הליך אזרחי, וממילא, אינם יכולים להוות נוסחת קסם, הפותחת באופן אוטומטי את הדלת לצירוף מאוחר של ראיות, ובפרט, בנסיבות שבהן ניתן היה לצרף את הראיות כבר בעת הגשת הבקשה לגילוי מסמכים מוקדם. אכן, אין כל סיבה ליצור דין שונה לצירוף ראיות לבקשה לגילוי מסמכים מוקדם לעומת בקשה לצירוף לבקשות לאישור, ובפרט שהחלטה באשר למהות ההליך המוגש על-ידי בעל המניות יכולה להיות, לא אחת, החלטה טקטית בלבד.<sup>108</sup>

פסיקה זו עלולה, אפוא, ליצור תמריץ נוסף לבעלי מניות לבחור להגיש בקשה לגילוי מסמכים מוקדם (חלף בקשה לאישור תביעה נגזרת), בודעם כי בקשה שכזו עשויה "לגבור" על בקשות אישור מאוחרות יותר, וכי יוכלו לתקנה לאורך הדרך, אם ירצו. זאת, אף במקרה שבו אין כל צורך בקיום הליך מקדמי שבמקדמי זה.

#### **4.4. הסתלקות ופשרה בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם**

כידוע, לא כל בקשה לאישור תביעה נגזרת מוכרעת לגופה. בחלק בלתי מבוטל מהמקרים, ההליך מסתיים בהסתלקותו של בעל המניות מבקשת האישור או בפשרה, וזאת, לאחר קבלת אישורו של בית המשפט, כנדרש בסעיף 202(א) לחוק החברות. עולה השאלה האם הליך גילוי המסמכים המוקדם הוא בעל ייחודיות, המחייבת מחשבה, גם בהיבטים אלה. נדמה, כי התשובה לכך חיובית.

אכן, גם בעל המניות שהגיש בקשה לגילוי מסמכים מוקדם עשוי, בסופו של יום, להימלך בדעתו ולבקש להסתלק מההליך. ואולם, בשונה מהמצב בבקשה לאישור תביעה נגזרת, מצב דברים זה עשוי לקרות הן לפני הכרעה בבקשת גילוי המסמכים המוקדם עצמה, והן לאחר שהבקשה הוכרעה והתקבלה (שעה שהועברו לעיונו המסמכים המבוקשים והתברר לו כי אין לחברה עילת תביעה).

סעיף 202(א) לחוק החברות אמנם מחייב קבלת אישור של בית המשפט להסתלקות מ-"תביעה נגזרת", אך אין הוראה דומה לגבי הסתלקות מבקשה לגילוי מסמכים מוקדם או לגבי הימנעות מהגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת לאחר שהבקשה לגילוי מסמכים מוקדם התקבלה. שאלת הצורך באישור כאמור, אינה נקייה מספקות. **ראשית**, לאחר ההכרעה בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם, אין עוד הליך פורמאלי התלוי ועומד בפני בית המשפט, בגדרו יכול בעל המניות לבקש לאשר הסתלקותו. **ושנית**, בעל המניות מבקש לרוב לקבל את המסמכים לצורך בחינת קיומה של עילת תביעה לחברה, וממילא, משקיבל את המסמכים ומשהוא סבור שלא קיימת עילת תביעה, חיובו בקבלת אישור בית המשפט שלא להגיש הליך שמלכתחילה הוא לא התחייב להגיש עשוי להיחשב מיותר ובלתי מידתי. ואולם, לצד האמור, ניתן לטעון כי התכלית העומדת מאחורי אישורו הנדרש של בית המשפט להסתלקות מבקשה לאישור – מניעת הסתלקות שמונעת את מימוש טובת החברה, ואשר עלולה לנבוע ממתן תגמול כזה או אחר למבקש<sup>109</sup> – עשויה להיות

<sup>108</sup> פרשת **טלמור**, לעיל ה"ש 47, בפסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט נ' הנדל.

<sup>109</sup> ראו, למשל, תקנות 11-13 לתזכיר תקנות תביעה נגזרת, המחייבות בעל מניות המבקש להסתלק מבקשה לאישור, להגיש תצהיר המפרט האם קיבל טובת הנאה בקשר לכך ומהי, והמסמיכות את בית המשפט לפעול למינוי בעל

רלוונטיות אף לגבי הסתלקות מבקשה לגילוי מסמכים מוקדם או הימנעות מהגשת בקשה לאישור לאחר קבלת המסמכים.

מצב דברים זה מחייב, לטעמנו, הסדרה חקיקתית או שיפוטית, בשני היבטים: **ראשית**, יש לקבוע מגבלת זמן (30 ימים או תקופה דומה אחרת), שבה נדרש בעל המניות שקיבל את המסמכים, להחליט האם בכוונתו להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת. היעדרה של מגבלת זמן שכזו עלולה להביא למצב שבו בעל המניות "יישב על הגדר" מבלי להחליט האם הוא מגיש את הבקשה לאישור, וזאת, תוך שהוא חוסם בעלי מניות אחרים מלהגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת (שכן, כאמור, בעל המניות שהגיש ראשון בקשה לגילוי מסמכים מוקדם עשוי לזכות ב-"קדימות"). **שנית**, נדמה שיש לשקול החלת ההוראות הנוגעות להסתלקות מבקשה לאישור אף על מקרה שבו בעל המניות מבקש להסתלק מבקשה לגילוי מסמכים מוקדם (או נמנע מהגשת בקשת אישור, לאחר קבלת המסמכים). בדרך זו ניתן להבטיח שטובת החברה אינה נפגעת בשל הסכמות בלתי פומביות בין בעל המניות לבין החברה או צד שלישי.

עד כה, התמקדנו בהסתלקותו של בעל המניות מהליך גילוי המסמכים המוקדם, אך נדמה כי חלק ניכר מהדברים שנאמרו לעיל, אם לא כולם, רלוונטיים אף לגבי השגת הסדר פשרה. למעשה, נושא זה של השגת הסדר פשרה בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם מעורר שאלות נוספות – במסגרת אישור הסכם פשרה בבקשה לאישור תביעה נגזרת, נדרש בית המשפט לבחון, בין היתר, את סיכוייה של עילת התביעה (לו נדונה לגופה), תוך העמדתה אל מול שיקולים נוספים, כגון התועלות שתפיק החברה מהסכם הפשרה.<sup>110</sup> בחינת שיקול זה עשויה להיות מורכבת יותר בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם, שהרי, בהליך מסוג זה טוען המבקש, לא אחת, כי מכלול המידע אינו מצוי ברשותו, ואף היקפה המדויק של עילת התביעה לעיתים אינו ברור די הצורך.

חרף האמור, בית המשפט המחוזי כבר קבע בפרשת **ברק**<sup>111</sup> שאין מניעה לאשר הסכם פשרה במסגרת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם, וזאת, לאחר בחינת מכלול הנסיבות הרלוונטיות, ובפרט, את השאלה האם הוצגו לבית המשפט טענות הצדדים בקשר לתביעה הנגזרת שבעל המניות מתכוון להגיש בשם החברה (או שמא לבית המשפט הוצגו, למשל, רק טענות הנוגעות לשאלת קיום המסמכים בידי החברה או סודיותם). בית המשפט קבע שחיוב בעל המניות להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת על מנת לאפשר את אישור הפשרה, ייצור תמריץ שלילי להגשת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם, על אף התועלת העשויה להיות טמונה בה, ואף עלול להיווצר מצב מלאכותי, שבו בעל המניות מגיש הליך נוסף של בקשה לאישור, שלא תחשוף בפני בית המשפט, ככל הנראה, מידע נוסף לצורך הערכת הסכם הפשרה.

קביעה זו – הגיונה עימה. אכן, לא אחת, מאשרים בתי המשפט הסדרי פשרה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, אף טרם הגשת תשובה לבקשת האישור, וטרם הצגת טענות הצדדים לגופה של המחלוקת בכתבי הטענות הנפרדים המוגשים על-ידיהם.<sup>112</sup> זאת, משהצדדים יכולים

מניות אחר תחתיו.

<sup>110</sup> תני"ג 32690-10-11 גוטליב נ' איילון אחזקות בע"מ, בפסקה 80 (פורסם בנבו, 3.9.2012).

<sup>111</sup> תני"ג 31934-02-14 ברק נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, בפסקאות 61-63 (פורסם בנבו, 8.4.2016) (להלן: פרשת ברק).

<sup>112</sup> ראו, למשל, ת"צ 33289-03-15 שפירא נ' דרך ארז הייווייז (1997) בע"מ, בפסקה 3 (פורסם בנבו, 29.5.2017).



לפרוש את טענותיהם וראיותיהם גם במסגרת הבקשה לאישור הסכם הפשרה, וכך ניתנת לבית המשפט האפשרות להיווכח בסיכויי ההליך.

שאלה אחרת ונפרדת היא האם בית המשפט מוסמך לפסוק גמול לבעל המניות בגין הסכם פשרה המושג בשלב גילוי המסמכים המוקדם, מכוח סעיף 201 לחוק החברות, המורה כי אם "פסק בית המשפט לטובת החברה, רשאי הוא להורות על תשלום גמול לתובע, שטרם בהגשת התביעה הנגזרת ובהוכחתה". שאלה זו אינה מתעוררת לגבי תשלום שכר טירחה לבא-כוחו של בעל המניות בגין הסכם הפשרה, מכיוון שהחוק אינו מתנה זאת בכך ש-"פסק בית המשפט לטובת החברה..."<sup>113</sup>.

בפרשת **ברק סבר** בית המשפט המחוזי<sup>114</sup>, לאחר קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי הוא אינו מוסמך לפסוק גמול למבקש גילוי מסמכים מוקדם, וזאת, מכיוון שבעל המניות באותו מקרה לא הגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת, אלא בקשה לגילוי מסמכים מוקדם בלבד, ומאחר שבית המשפט לא "פסק לטובת החברה" (אלא הושג הסכם פשרה, שיש בו תועלת לחברה, טרם הכרעה). פסיקה זו מעוררת קושי, במספר היבטים – היא יוצרת תמריץ שלילי לבעלי מניות להגיש בקשה לגילוי מסמכים מוקדם גם כשזו נדרשת, בידעם כי אם יושג הסכם פשרה, הם לא יוכלו לזכות בגמול<sup>115</sup>; היא יוצרת תמריץ שלילי למבקש בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם לתת הסכמתו להסדר פשרה, אף אם יקדם את טובת החברה וייתר את המשך ההליכים; היא יוצרת אבחנה מיותרת בין בעל המניות לבא-כוחו ויוצרת ניגוד עניינים ביניהם.<sup>116</sup> אכן, לשונו של סעיף 201 לחוק החברות רחוקה מלהיות אופטימאלית, אולם נראה כי פרשנות תכליתית מאפשרת להכיר בסמכותו של בית המשפט להעניק גמול לבעל המניות, גם במקרה של הסדר פשרה המושג בשלב הבקשה לגילוי המסמכים המוקדם, בדיוק באותו אופן שבו בתי המשפט מכירים בסמכותם לפסוק לבעל המניות גמול בעקבות השגת הסכם הפשרה בבקשה לאישור תביעה נגזרת.

#### **ד.5. סודיות המסמכים**

לצד הדיון בשאלת התנאים למתן צו לגילוי מסמכים מוקדם, ראוי לקיים דיון נפרד בשאלת התנאים והמגבלות לגבי השימוש במסמכים שיועברו, ובפרט, בשאלת חובת השמירה על סודיותם והשימוש בהם רק לצרכי הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת.

כידוע, באופן כללי, בית משפט מוסמך לקבל טענת חיסיון המועלית כנגד העברת מסמכים, אם המסמכים המבוקשים כוללים סודות מסחריים המחייבים שלא לאפשר עיון בהם.<sup>117</sup> אלא שגם אם נדחית טענת חיסיון, אין משמעות הדברים כי המסמכים המועברים, שהם

<sup>113</sup> סעיף 200א לחוק החברות.

<sup>114</sup> פרשת **ברק**, לעיל הי"ש 111, בפסקאות 67-68.

<sup>115</sup> לגבי סמכותו של בית המשפט לפסוק גמול למבקש בבקשה לאישור, גם כאשר הסתיימה בפשרה, ראו תני"ג 45914-09-12 ד"ן נ' **אי די בי חברה לאחזקות בע"מ**, בפסקה 38 (פורסם בנבו, 31.10.2013) ("סי' 201 לחוק החברות קובע כי כאשר בית-המשפט פוסק לטובת החברה, הוא רשאי להורות על תשלום גמול לתובע שטרם בהגשת התביעה הנגזרת והוכחתה. אני סבורה כי דין דומה חל גם כאשר בית-המשפט מאשר הסדר פשרה במסגרתו מקבל החברה תשלומים").

<sup>116</sup> ראו והשוו, תני"ג 27111-08-14 **עזיזי נ' א. דורי בניה בע"מ**, בפסקאות 49-50 (פורסם בנבו, 31.12.2017) (שם קבעה כב' השופטת רונן כי בנסיבות בהן הוגשה בקשה לאישור תביעה נגזרת, לאחריה פעלו המשיבים בהתאם למבוקש בבקשה, אך לגישתם עשו כן ללא קשר לבקשה ולפנים משורת הדין, בא-כוחו של בעל המניות זכאי לפסיקת שכר טרחה אך הוא אינו זכאי לגמול, וציינה כי תוצאה זו בלתי רצויה לטעמה, אך נובעת מלשונו של חוק החברות).  
<sup>117</sup> ראו, סעיף 23 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.

חלק מקניינה ורכושה של החברה, אינם כוללים מידע רגיש, מסחרית או אישית, שטובת החברה מחייבת שלא ייחשף לצדדים שלישיים.

טענות סותרות יכולות לעלות לגבי שאלת חובתו של בעל המניות לשמור בסודיות את המסמכים המועברים אליו. מחד גיסא, כתנאי לקבלת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם, על בית המשפט להשתכנע שבעל המניות אינו פועל בחוסר תום לב וכי הוא מעוניין לקדם את טובת החברה, ועל כן, ניתן לטעון שהנחת המוצא צריכה להיות שכל שימוש שיעשה על-ידו במסמכים יהיה בתום לב וישרת את טובת החברה. זאת ועוד – בניגוד להליכים "רגילים", בעל המניות אינו זר באופן מוחלט לחברה, אלא מחזיק ככלל באינטרסים (גם אם עקיפים בלבד) בטובתה. יתרה מכך – במקרים מסוימים בעל המניות עשוי לטעון כי חשיפת המסמכים תאפשר לו לקבל מידע נוסף, מצדדים שלישיים, הנדרש לצורך הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת מלאה יותר, ואולי אף תסייע בהשגת הסכם פשרה עם צדדים שלישיים אחרים.

מאידך גיסא, בסופו של יום, המסמכים המבוקשים הם מסמכי החברה, לה אישיות משפטית נפרדת. זאת ועוד, המסמכים התבקשו - והתקבלו - מתוך מטרה מוצהרת של מקבל המסמכים להגיש, ולכל הפחות, לבחון את אפשרות הגשתה של בקשה לאישור. ממילא, שימוש במסמכים לכל מטרה אחרת חותר תחת תכליתו של הליך גילוי המסמכים. יתרה מכך – כתנאי לקבלת בקשת גילוי המסמכים מוקדם, נדרש בעל המניות להוכיח את תום ליבו, ולכן, קיים חשש שהמסמכים יועברו לצדדים שלישיים, שבית המשפט כלל לא בחן את תום ליבם והאינטרסים הנוגעים אליהם.

שאלה זו אינה ייחודית לישראל. כך, למשל, בדלאוור, העברת מסמכים שאינם פומביים על-ידי החברה, מכוח סעיף 220 לחוק החברות שם, מותנית בדרך כלל בהשגתו של הסדר סודיות מתאים בין החברה לבעל המניות.<sup>118</sup> לעיתים בית המשפט הוא זה הקובע את הסדר הסודיות הסביר בעיניו, בנסיבות העניין.<sup>119</sup> קביעה זו עולה בקנה אחד עם החוק שם, המסמיך את בית המשפט, במפורש, לקבוע לפי שיקול דעתו מגבלות ותנאים בנוגע לעיון במסמכים.<sup>120</sup> לצד האמור, בית המשפט בדלאוור עמד על מצבים בהם אין כל מניעה כי המסמכים ייחשפו לצדדים שלישיים, ובעיקר אגב הגשת הליך משפטי על ידי בעל מניות שקיבל את המסמכים.<sup>121</sup>

פסיקה זו עולה בקנה אחד עם הדין בישראל לגבי גילוי מסמכים בהליכים "רגילים". כך, למשל, בפסיקה נקבע, כי קיים איסור מכללא על בעל-דין שקיבל מסמכים בגדר הליכי גילוי מסמכים בתביעה "רגילה" לעשות בהם שימוש למטרה אחרת, זולת לצורך ניהול המשפט שבגידרו ניתן הגילוי.<sup>122</sup> לעיתים בית המשפט אף קובע איסור דומה מיוזמתו בגדר ההחלטה המקבלת

<sup>118</sup> לדיון בסוגיות הנוגעות לסודיות המסמכים לפי הדין בדלאוור, ראו, Radin, לעיל ה"ש 60, בעמ' 1388-1411. לפסיקה בנושא זה ראו, Disney v. Walt Disney co., 2005 Del. Ch. Lexis 94' 2005 WL 1538336 (Del. Ch. June 20, 2005) (להלן: פרשת Disney); Stroud v. Grace, 606 A.2d 75 (Del. 1992);

<sup>119</sup> ראו, למשל, CM&M Group, Inc. v. Carroll, 453 A.2d 788, 793-94 (Del. 1982).  
<sup>120</sup> "The Court may, in its discretion, prescribe any limitations or conditions with reference to – Section 220(c)(3) – the inspection, or award such other or further relief as the Court may deem just and proper"

<sup>121</sup> פרשת Disney, לעיל ה"ש 118, בעמ' 13. לעמדה, לפיה, יש לדאוג שטובת החברה לא תיפגע עקב חשיפת המסמכים גם בעקבות הגשת התביעה הנגזרת ראו, Stendland, לעיל ה"ש 58, בעמ' 892-894.

<sup>122</sup> ע"א 662/77 מוסקונה נ' מאור, פ"ד לב(2) 321, 328-327 (1978) (להלן: פרשת מוסקונה); ע"א (מחוזי ת"א) 1410/93 נוימן נ' פלוני, פ"ד תשנ"ו(1) 280, 294-295 (1995).

בקשה לגילוי מסמכים.<sup>123</sup> הטעמים לכך ברורים – ראשית, הרצון להגן על פרטיותו וקניינו של בעל-הדין המגלה את המסמכים; ושנית, הרצון להבטיח ניהול משפט תקין ולעודד שיתוף פעולה מצד מי שמעביר את המסמכים, וזאת, משהוא יודע כי לא ייעשה שימוש במסמכים למטרה אחרת זולת ההליכים המשפטיים.

לעמדתנו, הטעמים הנזכרים לעיל מקבלים משנה תוקף בענייננו, שהרי, כפי שעמדנו לעיל, ההסדר הייחודי שקבע המחוקק מלמד שיש להחיל על בעל המניות כללים קפדניים, כמי שפועל כנאמן של החברה. ממילא, יש לשקול בחיוב נקיטת מספר צעדים, הן במישור השיפוטי והן במישור החקיקתי: ראשית, במקרים המתאימים על בתי המשפט לחייב בעל מניות ובאי-כוחו להתחייב לשמור על סודיות המסמכים, וזאת, כחלק מהשמירה על טובת החברה, המהווה את התנאי הבסיסי ביותר בהליכי תביעה נגזרת; שנית, כדי להסיר כל ספק פרשני וכדי לעודד שימוש בסמכות זו, יש לשקול בחיוב לקבוע בתקנות (כשיותקנו) תקנה המסמיכה את בית המשפט במפורש לקבוע תנאים או מגבלות על העברת המסמכים, וזאת בדומה לדין בדלאוור; שלישית, על מנת למנוע מחלוקות מיותרות ובזבוז זמן שיפוטי יקר, מוצע לשקול לקבוע בתקנות נוסח של התחייבות סטנדרטית לשמירה על סודיות המסמכים, עליה יידרשו בעל המניות ובאי כוחו לחתום כתנאי לקבלת המסמכים לאחר שהבקשה תתקבל.

#### **6.ד. בקשה לגילוי מסמכים מוקדם וסוגיית ההתיישנות**

עניין דיוני נוסף שמתעורר בקשר לבקשה לגילוי מסמכים מוקדם נוגע לשאלת ההשפעה של בקשה זו על מרוץ ההתיישנות של עילת התביעה של החברה.

המחוקק הישראלי לא התעלם משאלת ההתיישנות של עילת תביעה, ככל שהדברים נוגעים לבקשה לאישור תביעה נגזרת (להבדיל מבקשה לגילוי מסמכים מוקדם). כאמור, טרם הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת, נדרש בעל המניות לפנות לחברה בפנייה מוקדמת. לצד זה, נקבע בחוק החברות כי בית המשפט רשאי לסטות מכלל זה במקרה שבו פנייה מוקדמת תביא לחלוף תקופת ההתיישנות.<sup>124</sup>

על רקע האמור, מתעוררת השאלה האם הגשת בקשה לגילוי מסמכים מביאה להשהיית מירוץ ההתיישנות ומבטיחה שבקשה לאישור תביעה נגזרת, אם תוגש בסמוך לאחר ההכרעה בבקשה לגילוי מסמכים, לא תידחה מחמת ההתיישנות.

שאלה זו מעוררת לבטים לא פשוטים. קיימים טעמים המצדיקים שלא לראות בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם כהליך המביא להשהיית מירוץ ההתיישנות - העיקרי שבהם נוגע לשאלת זהותם של הצדדים להליך זה. בהליכים מסוגים אחרים – בין אם תביעה "רגילה", ובין אם בקשה לאישור תביעה נגזרת – הנתבעים (בתובענה רגילה) או המשיבים (בבקשה לאישור תביעה נגזרת) הם צד להליך, וממילא, מודעים לטענות כנגדם (ואף יכולים להעלות טענות כנגד קבלת ההליך).<sup>125</sup> משמעות הדברים היא שצדדים אלה יכולים לדעת כי עליהם, למשל, לשמור את הראיות

<sup>123</sup> פרשת מוסקונה, לעיל ה"ש 122, בעמ' 328; בש"א (מחוזי י-ם) 462/02 נמרודי נ' רשות השידור, בסעיף 8 (פורסם בנבו, 22.10.2002).

<sup>124</sup> ראו, סעיף 198(ב) לחוק החברות.

<sup>125</sup> לפסיקה הדנה בצדדים אותם צריך לצרף לבקשה לאישור תביעה נגזרת, ראו, פרשת אפריקה ישראל, לעיל ה"ש

הרלוונטיות להוכחת טענותיהם. לעומת זאת, בקשה לגילוי מסמכים מוקדם מוגשת, בדרך כלל, כנגד החברה בלבד, שעה שהסעד (גילוי המסמכים) מופנה אך ורק נגד החברה, ושעה שלעיתים טוען בעל המניות כי העובדות אינן ידועות לו במלואן וכי לא ידוע לו כנגד מי עליו להפנות את בקשת האישור (העתידי). לכן, עצם הגשת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם (נגד החברה) אינה בהכרח מתריאה בפני הנתבע-בכוח כי עשויות לעלות נגדו טענות וכי עליו לשמור בידיו את הראיות. שיקול זה מצביע על הבעייתיות שבהשהיית מירוץ ההתיישנות.<sup>126</sup>

חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא גם בחוק החברות – כפי שראינו, המחוקק קבע חריג לכלל הפנייה המוקדמת במקרה שבו ההתיישנות תחלוף בפרק הזמן שבין הפנייה לחברה לבין הגשת ההליך לבית המשפט. משמעות הדבר היא שהמחוקק לא ראה בהליך המתנהל מול החברה בלבד (הליך לבר שיפוטי או שיפוטי) כהליך המצדיק את השהיית מירוץ ההתיישנות.

מנגד, גם האפשרות האחרת יוצרת קשיים בלתי מבוטלים. הליך של בקשה לגילוי מסמכים מוקדם אינו בהכרח הליך קצר. גם העברת המסמכים בעקבות הליך שכזה אינה בהכרח מהירה. ממילא, אי-עצירת מירוץ ההתיישנות לאורך תקופתו של הליך זה, עלולה לחשוף עילות תביעה מסוימות להתיישנות. בנוסף, היא עלולה לעודד בעלי מניות להיחפז ולהגיש בקשות לאישור תביעה נגזרת, כדי לעצור את מירוץ ההתיישנות, ולוותר על הליך הבקשה לגילוי מסמכים מוקדם, גם אם הדבר רצוי מבחינה דיונית.

סוגייה משפטית דומה נדונה לאחרונה בארצות-הברית, בפרשת **Elkin**.<sup>127</sup> באותו עניין, קיבל ה-District Court טענת התיישנות ביחס לתביעת בעל מניות מיעוט, תוך שהוא דוחה את הטענה כי בקשה לגילוי מסמכים מכוח סעיף 220 לחוק החברות של דלאוור, שהוגשה קודם להגשת התביעה, הביאה להשהיית מירוץ ההתיישנות. בית המשפט הסביר את קביעתו בכך שעוד בטרם הגיש בקשה לגילוי המסמכים, היה ברשות המבקש מידע מספק שעשוי לגרום לאדם סביר לחקור את הנושא כדי לברר האם קמה עילת תביעה. ערעור על פסק הדין התקבל. בית המשפט לערעורים של ה-Third Circuit היפנה לאסמכתאות שונות בהן בתי המשפט בדלאוור הורו על השהיית מירוץ ההתיישנות עקב הגשת בקשה לגילוי מסמכים.<sup>128</sup> בית המשפט מצא שאין מקום לקבוע באופן גורף שאין לעצור את מירוץ ההתיישנות, גם כאשר ברשותו של בעל המניות יש מידע כאמור. בית המשפט נתן משקל, בהקשר זה, לרצון לעודד הגשת בקשות לגילוי מסמכים. עם זאת, לצד האמור, קבע בית המשפט שהגשת הליך לפי סעיף 220 הנ"ל אינה עוצרת באופן אוטומטי את מירוץ ההתיישנות לגבי הליך עתידי, אלא בית המשפט נדרש להפעיל את שיקול דעתו ולשקול שיקולים שונים, כגון האם בקשת גילוי המסמכים לוקה בחוסר תום לב או הוגשה כדי לעצור את מירוץ ההתיישנות; האם קיימת ראייה לכך שהליך גילוי המסמכים תרם להגשתו של ההליך המאוחר, ולראיות שהושגו לצורך הגשתו.

<sup>76</sup>, בפיסקאות 34-37 לחוות דעתו של כבוד השופט יי עמית; עוד ראו כבוב ובלאו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 10-16. <sup>126</sup> השאלה האם מירוץ ההתיישנות יכול להיעצר עקב הליך שהנתבע לא היה צד לו הושארה בצריך עיון במסגרת רע"א 1660/18 ארנסט אנד יאנג ישראל בע"מ נ' סקיילקס קורפוריישן בע"מ, בפסקאות 24-25 (פורסם בנבו, 12.6.2018). עוד ראו והשוו, פרשת רמי מור, לעיל ה"ש 12, בעמ' 705, שם נדונו הקשיים המתעוררים בנושא התיישנות תביעה המוגשת כנגד נתבע אלמוני (John Doe).

<sup>127</sup> 860 F.3d 111 (2017). <sup>128</sup> Sutherland v. Sutherland, CIV. A. No. 2399, 2013 WL 2362263, 6 n.70 (Del. Ch. May 30, 2013); Orloff v. <sup>128</sup>

עמדה משפטית זו יש בה מן ההיגיון, אך יש להתאימה למגוון שיקולי המדיניות הנזכרים לעיל. בהתאם, מוצע כי סוגיית השהיית מירוץ ההתיישנות תביא בחשבון – לצד, שאלת תום הלב שבהגשת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם, והתרומה שהליך זה השיג – גם שיקולים נוספים. כך, למשל, יש לבחון את שאלת ידיעתם (בפועל או בכוח) של הנתבעים הפוטנציאלים על הליך גילוי המסמכים המוקדם, אף אם לא היו צד פורמאלי לו. מטבע הדברים, עצם הגשת בקשה שכזו, מלמדת על כוונתו של בעל המניות להגיש הליך נוסף, וממילא, ידיעתו של בעל-דין על הגשתה עשויה ליידע אותו בדבר האפשרות שבהמשך הדרך יוגש הליך כנגדו.

#### **7.ד. בקשה לגילוי מסמכים מוקדם ומעשה בית-דין בתביעה נגזרת**

הסדר גילוי המסמכים הייחודי הקבוע בסעיף 198א לחוק החברות מעורר גם שאלות הנוגעות למעשה בית-דין.

בית המשפט העליון בישראל טרם דן בשאלה האם החלטה הדוחה בקשה לאישור תביעה נגזרת שהוגשה על-ידי בעל מניות אחד עשויה ליצור מעשה בית-דין לגבי בקשה לאישור תביעה נגזרת דומה שהגיש בעל מניות אחר. לשאלה זו פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, כל עוד לא התקבלה בקשת האישור, בעל המניות אינו מייצג את החברה, ועל כן, קביעה כי החלטה בעניינו יוצרת מעשה בית-דין עבור בעל מניות אחר, נראית מוקשית. מאידך גיסא, בעלי המניות אמורים לייצג כולם אינטרס דומה, הוא האינטרס של החברה. זאת ועוד – אי מתן משקל מתאים להחלטה על דחיית בקשת אישור קודמת, עלול ליצור תמריצים בעייתיים לבעלי המניות, ואף לגרור את החברה, ובעלי דין נוספים, להתדיינות משפטית נוספת, לאחר שהתדיינות אחת, באותו עניין, כבר נדחתה.

שאלה זו חורגת, במידת מה, מעניינו של מאמר זה. עם זאת, ראוי לציין בקצרה את עמדתנו, לפיה, התעלמות מוחלטת מהחלטה בבקשה לאישור ראשונה שהוכרעה נראית מרחיקת לכת. תחת האמור, מוצע לקבוע עיקרון שייקרא עיקרון "הייצוג ההולם"<sup>129</sup>, לפיו, במקרה שבו ייצגו בעל המניות ובאי-כוחו נאמנה את האינטרס של החברה, אף שהדבר לא הביא לאישור התביעה הנגזרת, יוכל הדבר ליצור מעשה בית-דין גם ביחס לבקשות לאישור שתוגשנה על-ידי בעלי מניות אחרים. עמדה זו עולה בקנה אחד עם הדין במדינות (states) רבות בארצות-הברית. כך, למשל, הרכב מורחב של בית המשפט העליון של דלאוור דן בשאלה דומה בשני פסקי דין שונים, אחד מהם מהעת האחרונה, תוך שהוא קובע כי תביעה נגזרת שנדחתה עשויה להקים מעשה בית-דין.<sup>130</sup> בית המשפט העליון בדלאוור הסביר כי מאחר שהתובע "האמיתי" בהליכי התביעה הנגזרת הוא החברה, הרי שהקבוצות השונות של בעלי המניות מייצגות אינטרס דומה בניסיון להיכנס בנעליה של החברה, ועל כן, מתקיימת בין בעלי המניות יחסי קירבה (Privity) המצדיקים יצירה של

---

Shulman, CIV. A. No. 852, 2005 WL 3272355, 10 (Del. Ch. Nov. 23, 2005); Technicorp Intern. II, Inc. v. Johnston, CIV. A. No. 15084, 2000 WL 713750, 9 (Del. Ch. May 31, 2000).<sup>129</sup> לעיקרון הייצוג ההולם בתחום התובענות הייצוגיות, ראו אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351 (התשע"ג).

California State Teachers' Retirement System v. Alvarez, No. 295, 2018 WL 547768 (Del. Jan. 25, 2018)<sup>130</sup> (להלן: פרשת Alvarez) (שם נזקק בית המשפט לדיון בדין ארקנסו לצורך קביעה זו, תוך שהוא סוקר גם פסיקה נוספת בסוגיה זו); Pyott v. La. Mun. Police Emps.' Ret. Sys. (Pyott II), 74 A.3d 612 (Del. 2013) (להלן: פרשת Pyott) (שם נזקק בית המשפט לדיון בדין קליפורניה לצורך קביעה זו).

מעשה בית-דין.<sup>131</sup> עם זאת, כפי שעולה מפסקי הדין, תנאי ליצירת מעשה בית-דין הוא שבעל המניות ייצג נאמנה, וללא ניגוד עניינים, את האינטרס של החברה.

אם תתקבל העמדה המוצעת לעיל, צפויה לעלות השאלה האם בעל המניות שבקשת האישור שלו נדחתה ייצג את עניינה של החברה באופן הולם, אם לא עשה שימוש באפשרות לדרוש גילוי מסמכים מוקדם. בפסקי הדין הנזכרים לעיל, התייחס בית המשפט העליון בדלאוור גם לשאלה זו, וקבע שאין להכיר בחזקה לפיה בעלי מניות שלא עשו שימוש בהסדר הקבוע בסעיף 220 אינם מייצגים נאמנה את האינטרס של החברה.<sup>132</sup> בית המשפט העליון אף ציין כי הבחירה שלא לנקוט הליך גילוי מסמכים הייתה בחירה טקטית, לאחר מחשבה, מתוך אמונה כי המסמכים שבידי בעלי המניות באותו מקרה יהיו מספיקים.<sup>133</sup> עמדה זו עולה בקנה אחד גם עם עמדת הפסיקה בישראל, לפיה, בחירתו של בעל מניות האם להגיש בקשה לגילוי מסמכים מוקדם או לפנות ישירות לבקשת אישור היא החלטה טקטית, הנתונה בידיו.<sup>134</sup>

סוגייה אחרת הקשורה לדוקטרינת מעשה בית-דין, נוגעת למצב שבו בעל מניות הגיש בקשה לגילוי מסמכים מוקדם, ולאחר דחייתה, מגיש בקשה נוספת – הפעם לאישור תביעה נגזרת. השאלה הנשאלת, אפוא, היא האם דחיית בקשה לגילוי מסמכים מוקדם עשויה ליצור מעשה בית-דין ביחס לבקשה לאישור תביעה נגזרת.

שאלה דומה התעוררה בפרשת **בנק הפועלים**.<sup>135</sup> באותו עניין הגיש בעל מניות בקשה לגילוי מסמכים מוקדם.<sup>136</sup> לאחר הליכים שונים, בקשתו **נדחתה** על-ידי בית המשפט העליון, בשל אי-הנחתה של תשתית ראייתית ראשונית, כנדרש.<sup>137</sup> כעבור תקופה קצרה, הגיש אותו בעל מניות בקשה לאישור תביעה נגזרת, אליה צירף מסמכים נוספים על אלה שצורפו לבקשתו המקורית לגילוי מסמכים מוקדם. על רקע האמור, הגיש הבנק בקשה לסילוק על הסף, בטענה שהחלטתו הקודמת של בית המשפט העליון מלמדת שהבקשה אינה מבוססת על תשתית ראייתית מספקת. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לסילוק על הסף, תוך שהוא מתבסס על שתי ראיות חדשות שצירף המבקש לבקשת האישור.<sup>138</sup> בית המשפט העליון דחה בקשת רשות ערעור על החלטה זו. בפתח החלטתו ציין אמנם בית המשפט, כי "ככל שהבקשה לאישור התביעה הנגזרת מבוססת מבחינה **מהותית** על **אותו** מסד ראייתי שהיה מונח בבסיס הבקשה לגילוי ועיון במסמכים, הרי שהיה בכך כדי לשמוט את הבסיס לבקשה לאישור התביעה הנגזרת כבר בשלב זה" (ההדגשות במקור).<sup>139</sup> אולם, בהתחשב בשתי הראיות החדשות, סבר בית המשפט העליון שאין מקום לקבל את הבקשה לסילוק על הסף. חרף האמור, בהחלטה זו לא נדונה – בוודאי לא באופן נרחב –

<sup>131</sup> פרשת Alvarez, לעיל ה"ש 130, בעמ' 34; פרשת Pyott, לעיל ה"ש 130, בעמ' 617-618.

<sup>132</sup> פרשת Pyott, לעיל ה"ש 130, בעמ' 618.

<sup>133</sup> פרשת Alvarez, לעיל ה"ש 130, בעמ' 43-46.

<sup>134</sup> פרשת טלמור, לעיל ה"ש 47, בפסקה 10.

<sup>135</sup> רע"א 1365/17 **בנק הפועלים בע"מ נ' נשר** (פורסם בנבו, 9.3.2017) (להלן: פרשת **בנק הפועלים**).

<sup>136</sup> תני"ג 1905-02-14 **נשר נ' בנק הפועלים** (פורסם בנבו, 24.7.2014).

<sup>137</sup> רע"א 6122/14 **בנק הפועלים נ' נשר** (פורסם בנבו, 6.5.2015).

<sup>138</sup> תני"ג 25102-05-15 **נשר נ' בנק הפועלים** (פורסם בתקדין, 12.1.2017).

<sup>139</sup> פרשת **בנק הפועלים**, לעיל ה"ש 135, בפסקה 21. בפרשת **אהרוני**, לעיל ה"ש 47, ציינה כבי' השופטת קרת-מאיר, שנדרשה להכריע ב"תחרות" בין בקשה לגילוי מסמכים לבין בקשה לאישור תביעה נגזרת, כי במקרה שבו הבקשה לגילוי מסמכים תידחה, יראו בבקשת האישור כבקשה הראשונה בזמן. עם זאת, לא נראה שדברים אלה משקפים הלכה למעשה, עמדה, לפיה, הכרעה בהליך גילוי המסמכים לא תחסום בהכרח את ניהולו של ההליך השני.

תחולת טענת מעשה בית-דין, על שני ענפיה (השתק פלוגתא והשתק עילה). במילים אחרות, השאלה אינה האם יש לדחות בקשה לאישור תביעה נגזרת המבוססת מהותית על אותו מסד ראייתי של בקשת גילוי מסמכים מוקדם שנדחתה, אלא האם יש לדחות על הסף בקשה לאישור תביעה נגזרת, מכיוון שהוגשה כבר בקשה לגילוי מסמכים מוקדם בגין אותה עילה, והיא נדחתה.

גם לשאלה האמורה פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, דוקטרינת מעשה בית-דין אמורה לחסום הגשת הליכים נוספים באותה עילה, גם אם יוזם ההליך מבקש להביא ראיות חדשות לביסוס טענותיו.<sup>140</sup> זאת ועוד – מצב שבו לא ניתן משקל ראוי לדחיית בקשה לגילוי מסמכים מוקדם מעניקה תמריץ להגיש הליך "בלתי אפוי", בידיעה כי הדבר ניתן לתיקון בדיעבד, בגדר הבקשה לאישור. יתרה מכך – במצב זה מוצאת עצמה החברה מוטרדת מכפל הליכים, באותו נושא, לאחר שבעל מניות לא הצליח לעמוד בנטל הנמוך יחסית המוטל עליו בהליך הראשון. ולבסוף, ההחלטה הדוחה בקשה לגילוי מסמכים מוקדם עשויה להתבסס על קביעות שנדמה כי לא תהיה מחלוקת שהן מחייבות לחרוץ גם את גורלה של בקשת אישור עתידית (למשל, אם ייקבע כי בעל המניות פעל בחוסר תום לב).

מאידך גיסא, ניתן לטעון כי אין הצדקה למנוע מבעל מניות להגיש בקשת אישור גם אם בקשתו לגילוי מסמכים מוקדם נדחתה, אם למשל הצליח להשיג ראיות נוספות בדרכים אחרות. זאת ועוד, ובכך העיקר – קיים חשש כי דחיית על הסף של הבקשה לאישור, מבלי שנבחנו מכלול הראיות הקיימות, תפגע במקרים מסוימים בתכליתו הבסיסית של מנגנון התביעה הנגזרת, היא קידום טובתה של החברה.

לאור שיקולים אלה, נראה כי סוגייה זו אינה מנביעה פיתרון של "שחור לבן", אלא יש לבחון את הדברים באמצעות דוקטרינות גמישות יחסית (דוגמת תום לב), תוך מתן משקל מתאים לנסיבותיו של כל מקרה. בכלל כך, יש לבחון את הטעמים העומדים בבסיס ההכרעה בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם; משקלן המסתמן של הראיות החדשות; המועד בו ניתן היה להשיגן (ובפרט, האם ניתן היה להשיגן לפני הגשת בקשת גילוי המסמכים מוקדם או טרם ההכרעה בה) ועוד. דרך ביניים זו תוכל להבטיח, באופן המיטבי, את האיזון הנכון בין האינטרסים של כל הגורמים המעורבים – בעל המניות, החברה, הנתבעים הפוטנציאליים ומערכת המשפט.

#### **ד.8. ערעור על החלטה בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם**

גם בשלב הבא, לאחר מתן החלטה בערכאה הדיונית, עשויות להתעורר שאלות דיוניות מסוגים שונים.

השאלה הראשונה נוגעת לזהותה של ערכאת הערעור הדנה בהשגות על החלטות בנושא זה. התשובה לשאלה לאיזה ערכאת ערעור נדרש לפנות הגורם המבקש להשיג על החלטה תלויה במהות ההליך בו ניתנה החלטה. כך, למשל, החלטה הדוחה בקשה לאישור תביעה נגזרת (בדומה להחלטה הדוחה בקשה לאישור תביעה ייצוגית) מהווה פסק דין, ולכן, מקנה לבעל המניות ערעור

<sup>140</sup> רע"א 2237/06 בנק הפועלים בע"מ נ' ויינשטיין, בפיסקה 26 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (פורסם בנבו, 8.3.2009).

בזכות.<sup>141</sup> הכלל לגבי החלטה המקבלת בקשה לאישור תביעה נגזרת הוא שונה – עד שנת 2010, דרך ההשגה על החלטה זו, בהיותה החלטת ביניים, הייתה הגשת בקשת רשות ערעור. בשנת 2010, כחלק מהמהלך של כינון המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי, נקבע בחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984,<sup>142</sup> שלא ניתן לבקש רשות ערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי לאשר תביעה נגזרת, אך הערכאה הדיונית עצמה, בהרכב של שלושה שופטים, תקיים לבקשת בעל-הדין "דיון חוזר" בהחלטה, והיא אף רשאית להורות על העברת הדיון לבית המשפט העליון, אם הבקשה לדיון חוזר מעלה עניין שיש בו חשיבות, רגישות או חידוש מיוחדים.<sup>143</sup> הטעם לתיקון זה – שחל אף לגבי החלטה המקבלת בקשה לאישור תביעה ייצוגית בזיקה לנייר ערך - נבע מהרצון להביא לשיפור היעילות הדיונית באופן שיביא לקבלת הכרעות שיפוטיות במהירות גבוהה יותר, על דרך מניעת הצורך להגיש בקשות רשות ערעור לבית המשפט העליון העמוס לעיפה.<sup>144</sup>

דרך ההשגה על החלטה בבקשה לגילוי מסמכים מוקדם היא שונה. נוכח אופיה ומהותה, קבע בית המשפט העליון כי השגה על החלטה שכזו היא בדרך של הגשת בקשת רשות ערעור.<sup>145</sup> מצב דברים זה מעורר קושי – מחד גיסא, כפי שראינו, המחוקק מעוניין בקידום הכרעות שיפוטיות מהירות במסגרת הליך תביעה נגזרת, ולכן, קבע הסדר דיוני מיוחד של השגה על החלטות המאשרות תביעה נגזרת בפני הערכאה הדיונית. מאידך גיסא, המחוקק קבע הסדר מקדמי שבמקדמי, בדמות בקשה לגילוי מסמכים מוקדם, שהליך ערעורי בעניינה יוגש לבית המשפט העליון, ובכך עלול להיות מוארך פרק הזמן בין מועד תחילת ההליכים עד סיומם. דברים אלה נכונים במיוחד, בהתחשב בכך שהחלטה המקבלת בקשה לגילוי מסמכים מוקדם חשופה, מטיבה, לבקשה לעיכוב ביצוע עד להכרעה בבקשת רשות הערעור, שהרי, חשיפת המסמכים עלולה לייתר את בקשת רשות הערעור.<sup>146</sup> חשש זה מהתארכות ההליכים אף הביא מלומדים זרים להציע, כי לא יינתן עיכוב ביצוע לגבי החלטות מסוימות בנושא גילוי מסמכים לבעלי המניות, או לכל הפחות, יוקשחו התנאים לכך.<sup>147</sup> הצעה זו נראית דרסטית, במידה רבה, אך נראה שאכן יש מקום לשקול מנגנונים דיוניים, אשר יאפשרו מחד גיסא, ביקורת על ההחלטה השיפוטית בנושא גילוי המסמכים המוקדם, ומאידך גיסא, יבטיחו כי ביקורת זו תינתן באופן מהיר ויעיל. בפרט, יש לבחון האם יש מקום לאמץ את מנגנון הדיון החוזר גם על החלטה מסוג זה.<sup>148</sup>

<sup>141</sup> לעניין זכות הערעור המוקנית במקרה של דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית, ראו, למשל, חמי בן-נון וטל חבקיני **הערעור האזרחי**, בעמ' 644-645 (מהדורה שלישית, 2012).

<sup>142</sup> חוק בתי משפט (תיקון מס' 59), התש"ע-2010.  
<sup>143</sup> סעיף 41(ה) לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984. לפירוט אודות הוראת חוק זו וזהות השופטים שיושבים בדיון, ראו ע"א 461/14 רזון נ' ביטון (פורסם בנבו, 14.1.2015) (שם קבע כב' הנשיא גרוניס כי ההרכב שבפניו יתקיים הדיון החוזר לא יכלול את השופט שנתן את ההחלטה).  
<sup>144</sup> עידו באום, "מקלות בגלגלים: ערעור ברשות על החלטות ביניים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בנושא כלכלי", **משפטים על אתר** ג 52-53 (תשע"א); דניאל רימון וטל אמיר "בית משפט כלכלי – מדלור לישראל" **תאגידים** ז 3 (2010).

<sup>145</sup> ראו, פרשת **אינטרקולוני**, לעיל ה"ש 48; פרשת **טלמור**, לעיל ה"ש 47, בפסקה 7 לחוות דעתו של כב' השופט נ' הנדל. השאלה האם זו דרך ההשגה הנכונה גם לגבי בקשה לגילוי מסמכים שנדחתה – או שמא קיימת לבעל המניות זכות ערעור – תלויה ועומדת במועד זה בפני בית המשפט העליון (ע"א 3568/18 קאירי נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ – שלמען הגילוי הנאות, אחד המחברים מעורב בו).

<sup>146</sup> ראו והשוו, ע"א 4731/16 קלאב הוטלס אינטרנשיונל בע"מ נ' עמותת בעלי יחידות, טיים שרינג בטבריה קלאב הוטל, בפסקה 5 (פורסם בנבו, 5.7.2016).

<sup>147</sup> Thomas, לעיל ה"ש 66, בעמ' 365, 370.

<sup>148</sup> במאמרו, לעיל ה"ש 144, בעמ' 55-56, באום מביא החלטה בנושא גילוי מסמכים כדוגמה להחלטת ביניים שהגשת בקשת רשות ערעור לגביה עלולה לסכל את מטרת ההכרעה המהירה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית. במאמרו מציע באום להרחיב את מנגנון הדיון החוזר כך שיחול על כל החלטת ביניים (ולא רק על החלטה המאשרת תביעה ייצוגית



השאלה השנייה נוגעת לסטנדרט הביקורת (Standard of Review) של ערכאת הערעור על החלטות בבקשות לגילוי מסמכים מוקדם. כידוע, ככלל, לערכאה הדיונית מסור שיקול דעת רחב בנושאים דיוניים, ובפרט, בנוגע גילוי מסמכים, וערכאת הערעור מגלה ריסון בהתערבות בהחלטות מסוג זה.<sup>149</sup> אלא שנדמה כי סטנדרט התערבות זה אינו בהכרח מתאים להחלטות בנושא גילוי מסמכים מוקדם. זאת, מכיוון שהחלטות אלו אינן דיוניות גרידא, והן מחייבות דיון בשאלות מהותיות, כגון קיום עילת תביעה לכאורה וטובת החברה, וזאת, לצד ההשלכות מרחיקות הלכת על החברה העשויות להיות להליך גילוי המסמכים המוקדם והתביעה הנגזרת.<sup>150</sup> ואכן, מבחינה של פסיקתו של בית המשפט העליון, נראה כי הוא אינו מהסס להתערב במקרים המתאימים.<sup>151</sup>

## **ה. אחרית דבר**

ההחלטה שהוציא תחת ידו כבי' השופט גרוניס בפרשת **לבייב** הייתה צעד מבורך להסדרת נושא גילוי מסמכים במסגרת התביעה הנגזרת. אלא שהמחוקק לא הסתפק בעיגונה בחוק של החלטה זו וצעד צעד גדול קדימה, תוך יצירת הסדר ייחודי וחריג של גילוי מסמכים מוקדם, לפני הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת.

במאמר זה ביקשנו להפנות את הזרקור להסדר זה, התפתחותו, ייחודיותו, והשאלות והקשיים שהוא מעורר. עם ריבוי ההליכים מהסוג המדובר, יגיעו לפיתחם של בתי המשפט עוד ועוד סוגיות המחייבות הכרעה, תוך איזון עדין בין השיקולים השונים המונחים בבסיסו של הסדר זה. כדי לצמצם עד כמה שניתן את חוסר הוודאות המשפטית, ראוי כי מחוקק המשנה לא יתעלם מקיומו וייחודיותו של הליך זה, וידאג להסדרתו ההולמת.

---

או נגזרת).

<sup>149</sup> בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 141, בעמ' 204, והאסמכתאות הנזכרות שם.

<sup>150</sup> להרחבה על סטנדרט הביקורת על החלטות הדוחות בקשה לאישור תביעה נגזרת ראו Andrew S. Hirsch, *Dismissing Derivative Actions in the Federal Courts for Failure to Allege Demand Futility: Choosing a Standard of Appellate Review – Abuse of Discretion or De Novo?*, 64 EMORY L.J. 201 (2014).

<sup>151</sup> ראו, למשל, רע"א 3487/16 יפעת נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.9.2016).