



בבית המשפט העליון

רע"א 8185/18

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ד' מינץ

המבקש: תומר שוחט

נגד

המשיבים: 1. אאורה השקעות בע"מ
2. יעקב אטרקציי
3. מיכאל קליינר
4. חיים צור
5. נאוה אופק שפר
6. עינת פלץ פולג
7. יוחאי אבטן

בקשת רשות ערעור על בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
(כב' השופט מ' אלטוביה) מיום 18.10.2018 בתנ"ג-41206-
03-16

בשם המבקש: עו"ד רפי שפירא; עו"ד כרמל צ'רקה-הורביץ;

עו"ד בעז בן-צור; עו"ד עמית בן ארויה

בשם המשיבים: עו"ד דוד פורר; עו"ד שי ארז

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט מ' אלטוביה) דחה את בקשת המבקש לגילוי ועיון במסמכי משיבה 1 מכוח הוראות סעיף 198א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות). בכך עוסקת בקשת רשות הערעור שלפני.

רקע עובדתי וההליך בבית המשפט המחוזי

1. משיבה 1, חברה ציבורית העוסקת בתחום הנדל"ן (להלן: החברה), ביקשה בשנת 2015 את אישורה של האסיפה הכללית להארכת ההתקשרות עם משרד עו"ד אטרקציי (להלן: משרד אטרקציי) בהסכם למתן שירותים משפטיים (להלן: העסקה). בראש המשרד עומדת אשתו של משיב 2, בעל השליטה בחברה (להלן: אטרקציי). עוד לפני קיום ישיבת

האסיפה הכללית פנה המבקש, המחזיק ב-2000 מניות של החברה, במכתבים אל החברה ואל הרשות לניירות ערך (להלן: הרשות לני"ע) בעניין אישור הארכת ההתקשרות עם משרד אטרקצ'י. בפניותיו נטען כי אחד מבעלי המניות האחרים בחברה, יעקב פלץ (להלן: פלץ), מנוע מלהשתתף בהצבעה בעניין ההתקשרות עם משרד אטרקצ'י בשל עניין אישי בעסקה, וכי משיבה 6, בתו של פלץ וחברת ועדת הביקורת של החברה, מנועה אף היא מלעסוק בכל הנוגע לאישור העסקה. עוד נטען כי משרד אטרקצ'י נבחר שלא בהליך תחרותי ובכך נגרם נזק לחברה. בעקבות פניותיו של המבקש לרשות לני"ע, אשר פנתה אל החברה, תוקן הזימון לאסיפת בעלי המניות וביום 18.1.2015 אושרה התקשרותה של החברה עם משרד אטרקצ'י.

2. ביום 20.3.2016 הגיש המבקש לבית המשפט המחוזי בקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק החברות לפני הגשת תביעה נגזרת. במסגרת הבקשה התבקשו מסמכים הנוגעים לאישור ההתקשרות עם משרד אטרקצ'י: רשימת המשרדים אליהם פנתה החברה לצורך הצעה למתן שירותים משפטיים; מסמך הקריטריונים לפיהם נקבע לאילו משרדים לפנות ומסמך הקריטריונים לבחירת משרד זוכה; מסמך הפנייה לקבלת הצעות המפרט את השירותים המבוקשים על ידי החברה; ההצעות למתן שירותים משפטיים שהתקבלו אצל החברה; פרוטוקולים משיבת ועדת הביקורת בהן נקבעו אמות המידה לקיום ההליך התחרותי; פרוטוקולים של הישיבות הרלוונטיות של אורגני החברה בהן נדונו ההצעות; פרוטוקולים של הישיבות הרלוונטיות של אורגני החברה בהן נדונו פניות המבקש בקשר עם ההליך התחרותי; פרוטוקולים של אורגני החברה בהן נדונה עמדת הרשות לני"ע לפיה פלץ הוא בעל עניין אישי באישור העסקה; רשימת בעלי המניות שהשתתפו באסיפה הכללית בה אושרה ההתקשרות עם משרד אטרקצ'י; תחזית לגבי היקף שיווק הדירות על ידי החברה; כל מסמך נוסף הקיים אצל החברה העוסק בהליכי גיבוש ואישור העסקה. המשיבים התנגדו לבקשה, בטענה כי השותפות בה המבקש משמש כשותף כללי ומנהל (להלן: יו-דנד), מנהלת מאבק משפטי נגד החברה ונגד נושאי משרה בה ועל כן המבקש אינו ראוי לשמש כתובע בתביעה נגזרת נגד החברה. עוד נטען כי המבקש לא עמד בנטל להראות תשתית ראייתית המצדיקה מתן צו לגילוי מסמכים.

3. ביום 18.10.2018 דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה לגילוי מסמכים. בית המשפט הגיע למסקנה כי המבקש לא עמד בנטל להעמיד תשתית ראייתית ראשונית באשר לטובת החברה הגלומה בהעברת המסמכים הפנימיים של החברה לידיו וכן לא עמד בנטל להעמיד תשתית ראייתית לכך שהוא פועל בתום לב ומתוך דאגה לענייני החברה. בית המשפט קבע כי בהתחשב בעובדה שהליך גילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק החברות נועד לטובת החברה, יש בהליכים המשפטיים אותם מנהל המבקש נגד

החברה כדי להשליך על ההכרעה בבקשתו. המבקש מעורב באופן אינטנסיבי ודומיננטי בהליכים האמורים באופן המציב אותו בניגוד עניינים מול החברה. כמו כן, האינטרס הכלכלי של המבקש בהליכים נגד החברה גדול מאוד, בעוד שהרווח הכלכלי הגלום בתביעה הנגזרת זניח נוכח העובדה שהוא מחזיק בכמות מניות מועטה. מה גם, מניות המבקש נרכשו על ידו בשנת 2014, כשנתיים לאחר שהחלו להתנהל ההליכים המשפטיים בינו לבין החברה. עוד תרמה להחלטה העובדה שהמבקש הגיש את הבקשה רק ביום 20.3.2016, למעלה משנה לאחר אישור העסקה על ידי האסיפה הכללית. נוכח האמור, מצא בית המשפט המחוזי כי אף אם היה המבקש מעמיד תשתית ראייתית ראשונית לטענה כי נפל פגם באופן אישור העסקה, הוא אינו הגורם המתאים לניהול התביעה הנגזרת. לצד דחיית הבקשה נפסקו לטובת המשיבים הוצאות משפט ושכר טרחה בסך של 55,000 ש"ח.

מכאן הבקשה שלפני.

טענות הצדדים

4. המבקש טוען במסגרת הבקשה כי עמד ברף הראייתי שנדרש ממנו בהליך גילוי מסמכים. באשר לניגוד העניינים לכאורה בו הוא מצוי, נטען כי ההליכים המשפטיים האחרים בין יו-טרנד לבין החברה קשורים בנכס במנהטן ואינם קשורים לנושא התביעה הנגזרת – ההתקשרות עם משרד אטרקצ'י. מעבר לכך, נטען כי רשימת המסמכים שנתבקשו היא מצומצמת וקשורה רק לעסקה. על כן, אין בגילוי המסמכים כדי לפגוע בחברה בקשר לניהול ההליכים המשפטיים האחרים. כן נטען כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר קבע שמניות החברה נרכשו על ידי המבקש כאשר כבר התנהלו הליכים משפטיים בינו לבין החברה. לבסוף, טען המבקש כי לא היה מקום להשית עליו הוצאות, שכן יש בהן כדי להביא לאפקט מצנן אשר ירתיע בעלי מניות מפני הגשת תביעות נגזרות.

5. המשיבים מצדם גורסים כי דין בקשת רשות הערעור להידחות. קביעת בית המשפט המחוזי כי המבקש אינו הגורם המתאים לנהל תביעה נגזרת בשם החברה התבססה על ממצאי עובדה ומהימנות, אשר ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בהן. לגופם של דברים טענו המשיבים כי, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, המבקש חסר תום לב באופן מובהק ובעל ניגוד עניינים. בנסיבות אלה, הענקת מסמכי החברה לידי המבקש יהיה בה משום חוסר אחריות כלפי החברה, בעלי המניות וגורמים נוספים. באשר להוצאות שהוטלו על המבקש, טענה החברה כי אין מקום להתערב בפסיקתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, וכי הסכום שנפסק אינו מופרז, על פניו.

6. לאחר שעיינתי בבקשה ובתגובת המשיבים, החלטתי לעשות שימוש בסמכותי לפי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות הערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. כן אציע לחברי לדחות את הערעור.

7. סעיף 198א לחוק החברות קובע כי מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת, רשאי לבקש מבית המשפט להורות על גילוי מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה. הליך גילוי המסמכים נועד לגשר על פער המידע המובנה שבין המבקש לבין החברה, ובכך מסייע לאפשר הגשת תביעות נגזרות (ראו: רע"א 3487/16 יפעת נ' בנק לאומי לישראל, פסקה 14 (6.9.2016)). ההסדר בסעיף 198א הוא הסדר ייחודי, בכך שהוא מאפשר הגשת בקשה לגילוי מסמכים עוד בטרם פתיחת ההליך המקדמי לאישור הגשת התביעה הנגזרת (ראו: רע"א 5694/17 בנק הפועלים בע"מ נ' אהרוני (7.8.2017)).

8. נוכח השלב המקדמי בו מוגשת הבקשה והחשש מפני שימוש לרעה בהליך ופגיעה ביעילות מוסד התביעה הנגזרת, על בית המשפט לבחון התקיימותם של שלושה תנאים: (1) רלוונטיות המסמכים להליך; (2) קיומה של "תשתית ראייתית ראשונית" באשר לקיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת – כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי המבקש אינו פועל בחוסר תום לב (סעיף 198א(ב) לחוק החברות); (3) קיומם של התנאים הכלליים לעניין גילוי ועיון במסמכים (ראו: רע"א 6122/14 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר, פסקה 5 (6.5.2015)).

9. ברם, בענייננו, מבלי להתייחס לרלוונטיות של המסמכים ולקיומם של התנאים למתן צו לגילוי ועיון במסמכים, צדק בית המשפט המחוזי בקבעו כי לא עלה בידי המבקש להוכיח שבקשתו לגילוי מסמכים כשלב מקדמי לתביעה הנגזרת לא הוגשה בחוסר תום לב.

10. על דרישת תום הלב במסגרת הגשת התביעה הנגזרת עמד בית משפט זה מקדמת דנא, עוד לפני חקיקתו של חוק החברות:

"בית המשפט לא יאפשר איפוא הגשת תביעה נגזרת על ידי בעל מניה, אלא לאחר שישקול זה לעומת זה את המטרה הרצויה של הגנת החברה בפני מנהליה מחד גיסא, ואת החשש שבעל המניות מנסה לסחוט למען טובתו האישית על חשבון החברה, מאידך גיסא" (ע"א 52/79 טולימני נ' באונר, פ"ד לה (3) 617, 625 (1980)).

באותו אופן קבע בית המשפט:

"מסלול התביעה הנגזרת... מגלם בתוכו איזון בין שיקולים סותרים. זהו איזון בין האינטרס החברתי בהרתעת מזיקים פוטנציאליים לחברה מחד גיסא, ובין שיקולי המדיניות העומדים ביסוד שלילת אפשרותו של בעל מניות להיפרע בגין נזק שנגרם לחברה (firm) מאידך גיסא... כחלק מאיזון זה, מקנה החוק שיקול דעת לבית משפט באישור תביעה נגזרת. שיקול דעת זה מותנה בתום לבו של התובע תביעה נגזרת" (ע"א 9014/03 גרינפלד נ' לטר, פסקה 15 (14.12.2006)).

11. אכן, עצם העובדה שמגיש הבקשה לאישור התביעה הנגזרת מנהל הליכים נגד החברה בנעליה הוא מבקש להיכנס, אינה פוסלת אותו באופן גורף מלשמש כתובע נגזר. בכל מקרה ומקרה יש לבחון את עצמת ניגוד העניינים בה מצוי המבקש כתוצאה מההליכים המתנהלים בינו לבין החברה. עם זאת, ניתן לשרטט מבחנים כלליים, שאינם בבחינת רשימה סגורה, באמצעותם ניתן לעמוד על התאמתו של בעל מניות לייצוג החברה.

12. בין אמות מידה אלה ניתן למנות: ניהול הליכים משפטיים נוספים נגד החברה על ידי המבקש; היחס בין האינטרס האישי של המבקש מעבר לתביעה הנגזרת לבין האינטרס הכספי שלו בתביעה הנגזרת (וראו בהקשר דומה פסיקה אמריקנית בעניין פרשנות תקנה 23(a)(4) לתקנות סדר הדין האזרחי הפדרלי (Federal Rule of Civil Procedure), העוסקת בתובענות ייצוגיות והקובעת כי על התובע הייצוגי לשמור באופן הולם על האינטרס של הקבוצה שבשמה הוא תובע, אך יושמה גם בהקשר של תביעות נגזרות: *G.A Enterprises Inc. v. Leisure Living Communities Inc.*, 517 F.2d 24, 26 (1st Cir. 1975); *Jones v. Zuckerberg (In re Facebook, Inc., Sec. & Deriv. Litig.)*, (922 F. Supp. 2d 449 (S.D.N.Y 2013)); האם מאחורי הבקשה להגשת תביעה נגזרת עומד רצונו של המבקש "לנקום" בחברה או בנושאי המשרה בה; מידת התמיכה שהמבקש זוכה בה מקרב בעלי המניות האחרים של החברה (וראו: *JFURTI, LLC v. Singal*, 2018 U.S. Dist. LEXIS 194253; *Priestley v. Comrie*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 87386); האם תכלית הגשת התביעה הנגזרת היא להעניק לתובע הנגזר יתרון על פני החברה או בעלי מניות אחרים בתביעות שהוא הגיש נגדם (וראו גם: צפורה כהן בעלי מניות בחברה: זכויות תביעה ותרופות כרך ג 517-520 (מהדורה שניה, 2010) והאסמכתאות שם. כהן מונה בין אמות המידה גם את השיהוי בהגשת התביעה; עצם רכישת המניות לצורך הגשת התביעה; הגדלת אחזקות המבקש בחברה כתוצאה מהתביעה; מידת הדמיון שבהתנהגות המבקש להתנהגות עליה הוא מלין בתביעתו. לעיון

נוסף ומעמיק בסוגיה, ראו: אסף חמדני ורות רונן "מי שולט בתביעה נגזרת" שעתיד להתפרסם בספר יורם דנציגר). פשיטא, כי רשימה זו אינה רשימה סגורה ואמות המידה יתעצבו עקב בצד אגודל, ממקרה למקרה.

13. בנוסף, נפסק זה מכבר על ידי בית משפט זה, בדומה לדין בארצות הברית, כי ניתן להחיל את אמות המידה שנקבעו לגבי בחירת התובע בתובענות ייצוגיות גם על תובע בתביעות נגזרות (ראו: ע"א 3293/17 רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור, פסקה 5 (12.9.2018)). אכן, באותו עניין דובר בהעדפת תובע אחד על פני רעהו ולא בהתאמתו של תובע לייצג בהתחשב באינטרסים העומדים בבסיס בקשתו במנותק מרעיו. ואולם, הרציונלים לבחינת תום ליבו של תובע ייצוגי זהים לרציונלים לבחינת תום ליבו של תובע נגזר. בין אמות המידה האמורות, ניתן למנות את רצונו של התובע לפגוע במתחרה עסקי או רצונו "לסחוט" פשרה, וניסיון להפעיל לחץ על החברה כאמצעי להשגת מטרות זרות לתביעה הנגזרת (ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדט 1987) בע"מ, פסקה 95 (4.9.2014)). כן צוינו, בייבוא מהמשפט האמריקאי, שיקולים נוספים בבחינת התאמתו של תובע מייצג הנעוצים בכישוריו ויכולותיו, ובהם מידת הידע וההיכרות שלו עם פרטי המקרה בגינו מוגשת התביעה; מידת ההיכרות וההפנמה של תפקידו כמייצג ושל האחריות הנדרשת ממנו; מידת המוטיבציה והרצון שלו לשמש כנציג (רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ, פסקה לו (6.9.2017)).

14. ומן הכלל אל הפרט. בענייננו, המבקש, כאמור, משמש כשותף כללי ביו-טרנד אשר בינה לבין החברה התנהלו במועד הגשת הבקשה כחצי תריסר הליכים, ביניהם שתי תביעות כספיות בניו יורק שסכומן עמד על עשרות מיליוני דולרים (פרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 25.6.2017, עמ' 8). לעומת זאת, שווי מניות החברה בבעלותו של המבקש עמד, על פי עדותו, על כ-2000 ש"ח במועד רכישתן (ש"ס, עמ' 23). אף אם נניח אפוא כי התביעה הנגזרת עשויה להעשיר בעשרות מיליוני ש"ח את קופת החברה, הרי שחלקו של המבקש מתוך כל סכום שיתקבל הוא מזערי. מבלי להידרש לכל אמות המידה שפורטו לעיל, בנסיבות אלה, עמדה לפני המבקש משוכה גבוהה, אף בשלב הראשוני של בקשה לגילוי מסמכים, להוכיח כי בקשתו הוגשה בתום לב ולא מתוך אינטרס אישי. ברם, הוא לא צלח משוכה זו.

15. עוד אוסיף, כי קביעותיו של בית המשפט לעניין תום ליבו של המבקש נסמכו על התרשמותו הבלתי אמצעית מהמבקש, אשר נחקר על אודות תצהירו. כידוע, ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה המבררת (ראו: ע"א Check Point Software Technologies Ltd. 2850/08 נ' בוגנר (5.7.2010)). לא מצאתי

כי בענייננו מתקיימים החריגים לכלל זה, וגם בשל כך אין כל מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

16. ובשולי הדברים אציין כי לצד בקשת רשות הערעור הוגשה גם בקשה לצירוף ראייה – פסק הדין בהליכים שהתקיימו בין יו-טרנד לבין החברה בניו יורק, אשר התקבל לאחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי מושא בקשה זו (להלן: פסק הדין האמריקאי). במסגרת הבקשה להוספת ראייה נטען כי יש בקביעות בפסק הדין האמריקאי, בתוכנו המעיד על כך שאין קשר בין הבקשה לבין הסכסוך, ובעובדה שההליכים המשפטיים בין הצדדים הסתיימו, כדי לתמוך בבקשת רשות הערעור ועל כן יש לקבל את הבקשה. ברם, גם דינה של בקשה זו להידחות. הטעם לדחיית הבקשה לגילוי מסמכים היה עצם קיומם של ההליכים ושווי הסכסוך בין יו-טרנד לחברה, על כן העובדה שאין קשר בין העסקה לבין ההליכים המשפטיים אינה מעלה או מורידה. כמו כן, אף אם אניח שעם מתן פסק הדין האמריקאי הסתיימו ההליכים המשפטיים בין החברה לבין יו-טרנד, אין בכך כדי לרפא כליל את ניגוד העניינים בו מצוי המבקש וכדי להסיר את החשש כי הבקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א הוגשה שלא בתום לב ומטרתה אינה לשרת את טובת החברה.

17. כמו כן, לא מצאתי מקום להתערב בהוצאות שהושתו על המבקש בבית המשפט המחוזי. כלל מושרש הוא כי ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בהוצאות שנפסקו על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים ובמשורה (ראו למשל: ע"א 1326/07 המר נ' עמי עמית, פדופ' (21.5.2014)). המקרה דנא אינו נמנה על החריגים לכלל זה.

18. אציע אפוא לחברי לדחות את הערעור ולחייב את המבקש בהוצאות המשיבים בסך של 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מין.

ניתן היום, כ"א באדר א התשע"ט (26.2.2019).

שופט

שופט

שופט