

בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות – האם בתי המשפט מגשימים את מטרתו?

צבי גבאי, * עמיחי טסלר **

הזכות למידע היא התשתית והבסיס ליתר זכויותיו של בעל המניות, והיא קרדינלית לביסוס ממשל תאגידי תקין ולשמירת ערך החברה. אחד הכלים המאפשרים גישה למידע נקבע בסעיף 198א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 – בקשה לגילוי מסמכים לפני הגשת הבקשה לאישור תביעה כנגזרת בהליך העיקרי.

ייחודיותה של בקשה זו טמונה בשלב המוקדם בהליך המשפטי שבו ניתן להגישה, לפני הנחת המחלוקת העיקרית בין הצדדים לפני בית המשפט. ההצדקה לכך היא הצורך בגישור על פערי מידע. מטבע הדברים, מבקשים חסרי תום לב עלולים לעשות שימוש לרעה בבקשה, באופן שיגרום נזק לצדדים כמו גם למערכת המשפט בכללותה, ולפיכך קבע המחוקק תנאים לקבלת הבקשה.

חרף יתרונותיו הרבים וחיבתו של כלי זה, בפועל בתי המשפט בישראל בוחנים בקשות גילוי מסמכים מוקדמות בשתי גישות קוטביות, שמחמיצות את המטרה: בגישה האחת בתי המשפט בוחנים בקשות בחשדנות רבה וממעטים לאשרן, וזאת משלל טעמים, כמודגם במאמר; ואילו בגישה האחרת בתי המשפט מפרשים בצמצום רב את התנאים בחקיקה שנועדו להגן על חברות ונושאי משרה מפני "מסע דיג" פסול, ולמעשה די לדידם בחשד גרידא להצדיק היעדרות לבקשה.

* מנהל מחלקת שוק ההון ורגולציה פיננסית במשרד עורכי הדין ברנע ג'פה לנדה ושות', ובעבר הממונה על האכיפה ברשות ניירות ערך; בעל תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת קולומביה בניו יורק.

** עורך דין במשרד עורכי הדין ברנע ג'פה לנדה ושות'; רואה חשבון ובעל תואר מוסמך במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, ובעבר מתמחה אצל כבוד השופט חאלד כבוב במחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב (כיום שופט בית המשפט העליון). תודתנו למערכת משפט ועסקים – ובמיוחד לסגן העורך הראשי עו"ד שחר פרידמן ולאליון גינסבורג – וכן לקורא האנונימי על הארותיהם החשובות והמועילות.

בקשת גילוי מסמכים מוקדמת אינה המצאה ישראלית. גם במדינת דלוור שבארצות הברית – ממקורות ההשראה החשובים לדיני החברות בישראל – קיים הליך דומה. השוואה בין הדינים, בצוותא עם ניתוח מקיף שאנו עורכים בסוגיה זו, מאפשרים לנו להציע במסגרת המאמר, ולראשונה בישראל, גישה חדשה וסדורה שתאפשר לבתי המשפט להגשים בצורה מלאה יותר את כוונת המחוקק ואת תכליתו של סעיף 198א לחוק החברות, ולקדם באופן מעשי את האינטרס הציבורי החשוב הגלום בזכות למידע.

הגשמת גישתנו מורכבת משישה צעדים עקרוניים: הראשון, יש להיפרד מהגישה המוטעית השוררת כיום שלפיה בקשות אלו הן כלי שיורי בלבד, ולראות בהן כלי מרכזי, שיש לעודד שימוש ראוי ומושכל בו; השני, יש לקבוע כי מוטלת על המבקש חובת פנייה מוקדמת לתאגיד, כמו בתביעה נגזרת; השלישי, אין לדחות בקשות בשל חוסר תום לב גרידא אלא במקרים חריגים שבהם עצם מסירת המסמכים תשמש לצורך פגיעה בתאגיד ובמושאי הבקשה, וכאשר האינטרס הציבורי בבירור טענותיו של המבקש אינו משמעותי; הרביעי, ככלל אין לאפשר בשלב מקדמי זה העלאת טענות הגנה מהותיות, השייכות לשלבים מתקדמים של ההליך; החמישי, יש להקפיד על קיום תשתית ראייתית ראשונית לביסוס טענות המבקש, כך שאין די בחשד גרידא, אולם יש להישמר מהעמדת רף גבוה מדי שעלול להכשיל בקשות מוצדקות; השישי והאחרון, במקרים שבהם בית המשפט מתלבט אם לפניו בקשה בעלת תשתית ראייתית ראשונית באשר לעילת התביעה הנטענת, יש לאפשר הפעלה של תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, המאפשרות לבית המשפט מרחב תמרון לשמש עינו הפקוחה של הציבור, קרי, לקבל לעיונו את המסמכים המבוקשים בבקשה ועל בסיסם להכריע אם הבקשה מוצדקת.

מבוא

פרק א: הזכות למידע וחשיבותו

פרק ב: הליך הגילוי והעיון במשפט הכללי

1. הליך הגילוי והעיון בתביעה אזרחית

2. שלבי הגילוי והעיון

3. הערכים העומדים בבסיסו של הליך הגילוי והעיון

פרק ג: בעיית הנציג בחברה

1. בעיית הנציג הקלסית

2. בעיית הנציג של מגיש בקשה לאישור תביעה כנגזרת

פרק ד: בקשת גילוי המסמכים המוקדמת

1. הרקע והתנאים לאישורה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת

2. יתרונותיה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

3. חסרונותיה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת
 4. מעמד המבקש ובעיית הנציג בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת
- פרק ה: בתי המשפט בישראל נוקטים גישות שונות והפוכות בנוגע לשימוש בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת
1. הפסיקה בעניין בוקסר ובעניין אהרונ – בקשות גילוי מסמכים מוקדמות הינן בקשות שיוריות, ועדיף לא להגישן
 2. הגישות השונות בשאלה אם קיימת דרישת פנייה לחברה גם לפני הגשתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת
 3. דרישת תום הלב בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת כטעם לדחייה ללא בחינה של עילת הבקשה
 4. החלת הגנות כגון כלל שיקול הדעת העסקי כבר בשלב של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת
 5. על המונח החמקמק "תשתית ראייתית ראשונית"
- פרק ו: הדין במדינת דלוור
1. התנאים לקבלתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בדלוור
- (א) השלב הראשון: בדיקת המבקש והתנהלותו
- (ב) השלב השני: בדיקת הקשר בין המסמכים המבוקשים למטרת הבקשה
2. עידוד השימוש בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות
 3. הדין בדלוור אינו מאפשר לטעון נגד בקשת גילוי מסמכים מוקדמת טענות המבוססות על היקף הביקורת השיפוטית
- פרק ז: הרהורים על הדין הרצוי
1. נקיטת הליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת היא מבורכת
 2. חובה לנקוט פנייה מוקדמת לפני הליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת
 3. תחולה מצומצמת של טענות מהותיות בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת
 4. צמצום המקרים שבהם חוסר תום לב של המבקש משמש עילה לדחייתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת
 5. תשתית ראייתית ראשונית – פתרון ראוי לקושי אינהרנטי
- סיכום

מבוא

"קבלת החלטות דורשת מידע... ללא מידע לא ידעו בעלי המניות אם הופרה חובת אמון על ידי נושאי משרה ואם יש בסיס לתביעה כנגדם. מידע הוא התשתית לכל, ולכן קבלתו היא תנאי בלעדיו אין לכל זכות של בעלי המניות."¹

הזכות למידע היא התשתית והבסיס ליתר זכויותיו של בעל המניות. זכות זו היא קרדינלית לביסוס ממשל תאגידי תקין ולשמירת ערכה של מניית החברה. מכיוון שכך קבע המחוקק מסלולים אחדים שיאפשרו לבעל המניות גישה למידע. אחד המסלולים נקבע בתיקון מס' 16 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, שהוסיף לחוק את סעיף 198א.² בסעיף זה נקבע כלי ייחודי וחדשני שאין שני לו בחקיקה – **בקשת גילוי מסמכים מוקדמת** – המאפשר להגיש בקשה לגילוי מסמכים ולעיון בהם לפני הגשת התובענה בהליך העיקרי.

בקשה זו אינה דומה ליתר הליכי גילוי המסמכים הקבועים בהליך האזרחי. ייחודיותה טמונה בשלב המוקדם בהליך המשפטי שבו ניתן להפעילה – בטרם מוצה בירור המחלוקת העיקרית בין הצדדים לפני בית המשפט, וקודם לבקשת הסעדים השמורה לשלב הבקשה לאישור התביעה כנגזרת. יתרה מזו, בשלב מוקדם זה ספק אם תונח מחלוקת כלשהי לפני בית המשפט.

ההצדקה לקביעת הליך כה חריג וייחודי היא הצורך בגישור על פערי המידע המוכנים בין המבקש לבין החברה, ולכן מדובר בהליך הקשור בטבורו להליך התביעה הנגזרת. מטבע הדברים, מבקשים חסרי תום לב עלולים לעשות שימוש לרעה בזכות שנתן המחוקק, באופן שיגרום נזק לצדדים, להליך ולמערכת המשפט בכללותה, אך לשם כך קבע המחוקק תנאים אחדים למימושה של זכות הגילוי והעיון הייחודית.

ברם, חרף יתרונותיו הרבים וחיובותו של כלי זה, בפועל בתי המשפט בישראל בוחנים בקשות גילוי מסמכים מוקדמות בשתי גישות קוטביות, שמחמיצות את המטרה: בגישה האחת בתי המשפט בוחנים בקשות בחשדנות רבה, והלכה למעשה – כפי שנדגים במאמר זה – ממעטים לאשר בקשות גילוי מסמכים מוקדמות משלל טעמים; ואילו בגישה האחרת בתי המשפט מפרשים בצמצום רב את התנאים שנועדו להגן על החברות מפני בקשות גילוי מסמכים שמהוות "מסע דיג" פסול, ולמעשה די לידם בחשד גרידא להצדיק היעדרות לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת.

1 עדו לחובסקי דיני חברות: חברה יחידה ואשכול חברות 151 (2014).

2 חוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א-2011, ס"ח 390 (להלן: תיקון מס' 16 לחוק החברות).

קושי נוסף טמון בכך שגם מגיש הבקשה לגילוי מסמכים (התובע הנגזר העתידי) עלול להתגלות כמי שבינו לבין החברה ובעלי מניותיה יש בעיית נציג כבר בשלב הגשתה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת. לפיכך בתי המשפט עלולים לגלות כי במקום לפתור בעיית נציג, הם המירו אותה בבעיית נציג אחרת, ויצא שכרה של החברה בהפסדה.

יש לציין כי בקשת גילוי מסמכים מוקדמת אינה המצאה ישראלית. גם במדינת דלוור שבארצות הברית – ממקורות ההשראה החשובים ביותר לדיני החברות בישראל – קיים הליך דומה. אך שם קיימת גישה מאוזנת, שבמסגרתה רוב בקשות גילוי המסמכים המוקדמות **התקבלו**,³ בעוד שאצלנו, נכון למועד כתיבתן של שורות אלו, רוב בקשות גילוי המסמכים המוקדמות **נדחו**.

לפיכך, ולנוכח העובדה שזרם הגשתן של בקשות גילוי מסמכים מוקדמות הולך ומתגבר,⁴ סברנו כי יש מקום לערוך ניתוח מקיף וסדור של הסוגיה, תוך התייחסות לבעיית הנציג של המבקש ולפתרונה המאוזן. בהתאם, אנו מבקשים במאמר זה להציע **לראשונה** שינוי תפיסתי בנוגע לבעיית הנציג בשלב מקדמי זה ולהתמודדותו של המחוקק עם בעיה זו, אשר יאפשר להגשים בצורה טובה יותר את כוונת המחוקק. לעניות דעתנו, **וכצעד ראשון**, על בתי המשפט לאמץ את הגישה שלפיה בקשות גילוי מסמכים מוקדמות הן כלי ראוי גם ראוי לשימוש, ולא בגדר כלי שיורי המונח בקרן זוית.

כצעד שני, יש לקבוע כי מוטלת על המבקש חובת פנייה מוקדמת לתאגיד, כמו בבקשה לאישור תביעה כנגזרת. לטעמנו, אין הצדקה לפטור את המבקש מפנייה מוקדמת – הן לנוכח לשון חוק החברות, הן לנוכח תכליתו והן לנוכח בעיית הנציג, אשר פטור מפנייה מוקדמת לא יסייע בפתרונה.

כצעד שלישי, אין לדחות בקשות גילוי מסמכים מוקדמות בשל חוסר תום לב גרידא. מוקד הבקשה הוא התנהלותם של התאגיד ושל נושאי המשרה ובעלי השליטה בו, ולא התנהגותו או התנהלותו של המבקש, ואף לא יריבות מוקדמת בין המבקש לבין החברה ומי מטעמה. ייתכן בהחלט שהמבקש אינו מחבב את נושאי המשרה בתאגיד, וייתכן שמדובר בגלגול נוסף של סכסוך עתיק יומין בין הצדדים, אך אין בכך כדי לבטל מראש את האפשרות שיש אמת בטענות המבקש. ואם אכן כך הדבר, אין למנוע את חשיפת המידע לציבור רק בגין אישיות בעייתית של המבקש או סכסוכים רוויי יצרים בין הצדדים. איננו פוסלים כמובן את האפשרות שבמקרים נדירים יהיה מקום לדחות בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בשל חוסר תום לב של המבקש הנובע מניגוד עניינים ישיר, אך לשון הסעיף וכוונת המחוקק מלמדות כי יש לעשות כן רק באותם מקרים חריגים שבהם יוכח כי **עצם מסירת המסמכים תשמש את המבקש לצורך פגיעה בתאגיד, בנושאי המשרה או בבעלי השליטה בו**, וכאשר האינטרס הציבורי בבירור טענותיו של המבקש אינו

3 Seinfeld v. Verizon Commc'ns, Inc., 909 A.2d 117, 120 (Del. 2006).

4 תנ"ג (כלכלית ת"א) 44096-04-19 בנסדן נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פס' 12 (נבו) 3.11.2019.

משמעותי. מנגד, וכדי לאזן ולענות על בעיית הנציג של המבקש, אנו מציעים כי ככל שהחברה תעמיד תשתית ראייתית לקיומו של ניגוד עניינים ישיר של המבקש ולנוק שעלול להיגרם לחברה מעצם הגשת התשובה, תוכל החברה לעתור לסילוקה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת על הסף, בהשראת הלכת בובליל.⁵ אומנם, יש שיטענו כי יישום הלכה זו עלול לסרב את בירורה של בקשת גילוי המסמכים, בניגוד לתכליתה. אולם חשוב לזכור כי במקרים המתאימים תגבר בדרך זו היעילות, שכן הליכים פסולים מיסודם ייגדעו באיבם. כך ייחסכו עלויות הצדדים ועלויותיה של מערכת המשפט, ותיווצר הרתעה של מבקשים חסרי תום לב המצויים בניגוד עניינים, ביודעם כי שכרם יצא בהפסדם.

כצעד רביעי, ככלל אין לאפשר בשלב מקדמי זה העלאת טענות הגנה מהותיות, כגון תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי או קיומו של פטור לנושאי המשרה. זאת, לנוכח הקושי המובנה של המבקש להתמודד עם טענות אלו בשלב זה של ההליך, מפאת אותו חוסר במידע שהצריך מלכתחילה את הגשתה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת.

כצעד חמישי, יש להקפיד על קיומה של תשתית ראייתית ראשונית לביסוס טענות המבקש, כך שאין די בחשד גרידא (או במילים אחרות, אין די בראיות "שליליות" אשר כל שבכוחן לעשות הוא להטיל ספק בגרסת המשיבה). נדרשות ראיות חיוביות שמבססות את טענות המבקש, אולם יש להיזהר מהעמדת רף גבוה מדי שעלול להכשיל בקשות גילוי מסמכים מוקדמות מוצדקות. בהקשר זה יש לזכור כי הליך גילוי המסמכים המוקדם נועד לאפשר למבקש לבחון את התנהלות התאגיד ומנהליו, ולא מצופה שבשלב מקדמי זה יהיו בידיו ראיות משמעותיות לביסוס טענותיו.

כצעד שישי ואחרון, במקרים שבהם בית המשפט מתלבט אם לפניו בקשה שיש בה תשתית ראייתית ראשונית באשר לעילת התביעה הנטענת והמסמכים הרלוונטיים נחזים כמצויים בידי החברה – וכדי לצקת תוכן בקביעתו של בית המשפט העליון כי לחברה לא עומדת חזקת התקינות גם מקום שהמבקש לא הוכיח את טענותיו – ניתן להפעיל את תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות), המאפשרות לבית המשפט לקבל לעיונו את המסמכים המבוקשים בבקשה ועל בסיסם להכריע אם בקשת גילוי המסמכים המוקדמת מוצדקת מבחינה עניינית. בדרך זו יוכל בית המשפט לאזן בין האינטרסים המתנגשים תוך שמירה מפני התעוררות בעיית הנציג של המבקש: כאשר קיים ספק, וכאשר על פני הדברים יש טעם בטענות המבקש, על בית המשפט לשמש עינו הפקוחה של הציבור, ולעיין במסמכים המבוקשים במטרה להכריע בין טענות בדבר חוסר תום לב לבין קיומו של אינטרס ציבורי בחשיפת המידע ובמתן הגנה לבעלי המניות בתאגיד, אולם להותיר את המסמכים חסויים מעיני המבקש עד לקביעה כי יש לגלותם לו וכי הוא עומד במלוא התנאים של סעיף 198א לחוק החברות.

וזה יהיה הילוכנו בביסוס גישתנו המוצעת: תחילה, בפרק א, נפתח בסקירת הזכות למידע וחשיבותו, ובפרק ב ננתח את הליך הגילוי והעיון במשפט הכללי ובהליכים אזרחיים "רגילים". לאחר מכן, בפרק ג, נפנה לבעיית הנציג בחברה, ונתאר את בעיית

5 רע"א 10227/06 בובליל נ' אינדיג, פס"ד 9 (אר"ש 5.2.2007).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

הנציג הקלסית ואת בעיית הנציג של מגיש בקשה לאישור תביעה כנגזרת. בפרק ד נדון בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת בתביעה נגזרת, וננתח את יתרונותיה וחסרונותיה של הבקשה ואת בעיית הנציג הפוטנציאלית של מגיש הבקשה. בפרק ה נסקור את הגישות שבתי המשפט בישראל נוקטים בכל הקשור לשימוש בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת. בפרק ו נסקור את הדין בדלוור, ובפרק ז נפרט את המלצותינו לגבי הגישה הראויה שיש לנקוט לדעתנו.

פרק א: הזכות למידע וחשיבותו

זכותו של בעל מניות למידע שנצבר בחברה (company) היא זכות בסיסית, ויש אף שהגדרה עקרון יסודי⁶ המהווה תנאי למימוש יתר זכויותיו של בעל המניות.⁷ אין תמה, על כן, שבית המשפט העליון קבע כי המידע הוא כלי חיוני למימוש זכותו של בעל מניות לעשות במניותיו ובזכויותיו הרכושיות בחברה בדרך שתאפשר לו למצות את התועלת מרכושו.⁸ בהעדר מידע לא יוכל בעל המניות לקבל החלטות מושכלות לגבי רכוש, לעשות שימוש מיטבי בזכות ההצבעה שלו באספת בעלי המניות, ולפקח על עבודת האורגנים של החברה.⁹ יתר על כן, בגילוי המידע יש כדי להקטין את הסיכון מפני שימוש לרעה בעקרון הגבלת האחרייות ותרומה לממשל התאגידי.¹⁰ את התכליות של הזכות למידע בדיני התאגידים ניתן להקיש מהסדר מקביל החל על גופים ציבוריים. בגופים ציבוריים הוסדרה הזכות הציבורית לקבלת מידע בחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.¹¹ חוק חופש המידע קובע זכות של כל אזרח ישראלי או תושב לקבל מידע בהתאם ובכפוף להוראות החוק, לסייגים ולפטורים הקבועים בו.¹² בית המשפט העליון פירט את התכליות העומדות בבסיס אותו חוק כדלקמן:

- 6 יורם דנציגר **הזכות למידע אודות החברה** 3 (2000).
- 7 מניעת המידע מבעל מניות עשויה לקיים את עוולת הקיפוח הקבועה בס' 191 לחוק החברות. ראו, למשל, ה"פ (מחוזי חי') 39548-01-12 **אבו יוסף נ' חברת מוניות כפר-סיף – אבו-סנאן בע"מ** (נבו 8.8.2012); ת"א (כלכלית ת"א) 788-03-14 **נובוטק בע"מ נ' סטרוקס בע"מ** (נבו 6.3.2018); דנציגר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 285.
- 8 ע"א 741/01 **קוט נ' עיזבון איתן**, פ"ד נו(4) 171, 188 (2003).
- 9 ת"א (מחוזי חי') 46827-11-11 **ח'זנה נ' ח'זנה**, פס' 11 (נבו 22.1.2012); דנציגר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6; יוסף גרוס **חוק החברות** כך א 313 (מהדורה חמישית מורחבת 2016).
- 10 דנציגר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 4.
- 11 קיימת גם זכות עיון פרטית במידע, אך היא דורשת אינטרס אישי בעיון במידע. ראו בהרחבה ע"ם 2398/08 **משרד המשפטים נ' סגל**, פ"ד סד(3) 666 (2011).
- 12 ס' 1 לחוק חופש המידע.

"...התכליות והרציונלים השונים שבבסיס החוק, מסתופפים תחת שתי כנפיים: 'הטעם הדמוקרטי' ולפיו הזכות לדעת נתפסת כחלק מהערך של חופש הביטוי, על אגד הזכויות הנכללות בו; ו'טעם הבעלות' לפיו הציבור הוא הבעלים של המידע והרשויות מחזיקות במידע כנאמן של הציבור. תחת שתי כנפיים אלה נמצאים הצידוקים וטעמי-המשנה כגון בקרה ופיקוח אפקטיבי על מעשי השלטון; חיזוק ה'היגיינה הציבורית'; שיפור איכותה של פעולת הרשות; גיבוס סדר היום הציבורי; וחיזוק אמון הציבור בעקבות שקיפות הליך קבלת ההחלטות על ידי הרשות..."¹³

תכליות אלו של חוק חופש המידע הנוטע בשדה המשפט הציבורי יפות, בשינויים המחויבים, גם כלפי בעל מניות בחברה (שאינה גוף ציבורי) בשדה המשפט התאגידי.¹⁴ כך, למשל, בדיני חופש המידע הטעם הדמוקרטי משמש כלי להגנת חופש הביטוי, ובדיני התאגידים הטעם הדמוקרטי משמש כלי להבטחת יסוד השיתוף בהון;¹⁵ הבעלות, שמשמשת טעם לזכות הציבור במידע, מצדיקה גם את הזכות במידע של החברה לנוכח הבעלות במניותיה; התכלית של בקרה ופיקוח אפקטיביים על מעשי השלטון מקבילה לתכלית של פיקוח על אורגני החברה ועל בעלי השליטה בה; חיזוק הממשל התקין לובש אדרת דומה של חיזוק הממשל התאגידי התקין של החברה, ועוד.¹⁶ במילים אחרות, מידע הוא כוח,¹⁷ וחלוקתו באופן שוויוני בין בעלי המניות בחברה ממתנת את בעיית הנציג – שהיא כידוע "הבעיה המרכזית של דיני החברות הציבוריות"¹⁸ – ויוצרת איזון ביחסי הכוחות בין בעלי המניות לבין עצמם ובינם לבין מוקדי כוח נוספים בחברה, כגון נושאי משרה ובעלי שליטה.¹⁹ לבעל מניות יש שתי דרכים עיקריות לממש את זכותו למידע: הדרך האחת, שהוסדרה בסעיפים 183–187 לחוק החברות, מגדירה סוגי מסמכים שיש לבעל המניות זכות לקבלם ללא צורך בנקיטת הליך משפטי; הדרך האחרת הוסדרה בסעיף 198 לחוק החברות, הקובע כי תובע נגזר רשאי להגיש לבית המשפט המוסמך בקשה לגילוי

13 ע"מ 5089/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנק ישראל, פס' 10 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 30.5.2018).

14 ראו השוואה דומה בין תכליות שיתוף המידע בשדה המשפט הציבורי לבין תכליות שיתוף המידע בדיני החברות אצל דנציגר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6–7.

15 שם, בעמ' 6.

16 להרחבה על הטעמים העומדים בבסיס הזכות למידע ראו רועי פלד "הזכות למידע מתאגידים" הפרקליט נב 683 (2013).

17 ע"מ 7744/10 המוסד לביטוח לאומי נ' מנגל, פ"ד סו(1) 116, 125 (2012).

18 ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(1) 294, 332–333 (2005).

19 להרחבה בנושא בעיית הנציג ראו זוהר גושן "בעיית-הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה: חיבורי משפט 239, 241 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילו עורכים) (1996).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

מסמכים (שאינם מוגבלים לסוגי מסמכים מסוימים), וזו תאושר בהתקיים תנאים מסוימים, שאליהם נידרש בהרחבה להלן.

שני הערוצים למימוש הזכות למידע נועדו לגשר על פערי מידע בין בעל המניות לבין החברה ונושאי המשרה. עם זאת, הערוצים לקבלת המידע מממשים היבטים שונים של קבלת המידע. ההסדר שבסעיפים 183–187 לחוק החברות נועד לקבלת מידע בסיסי על החברה, ומטרתו צופה בעיקרה פני עתיד: לאפשר לבעל המניות להצביע באופן מיועד באספה הכללית. בשל המניפה המצומצמת של המידע שהמבקש זכאי לקבל, מיעט המחוקק במתן הגנות לחברה, ואפשר לה להתנגד למסירת המידע – וגם זאת במקרים מסוימים בלבד²⁰ – רק אם "לדעתה הבקשה הוגשה שלא בתום לב או שיש במסמכים הנדרשים סוד מסחרי או פטנט, או שגילוי המסמכים עלול לפגוע בדרך אחרת בטובת החברה".²¹ מטבע הדברים, הנטל של הוכחת ההצדקה למנוע את מסירת המסמכים למבקש מוטל על החברה.

לעומת זאת, סעיף 198א לחוק החברות נועד לקדם ניהול יעיל והוגן של בירור מחלוקות משפטיות בין המבקש לבין החברה, ולסייע בחקר האמת. סעיף זה יופעל על פי רוב כדי לאפשר לבעל המניות להתמודד עם כשלים בממשל התאגידי או עם הפרת חובות של בעלי שליטה ונושאי משרה,²² ומעצם טיבו הוא צופה פני עבר. בהתאם להלכה הפסוקה, אשר תידון בהמשך בהרחבה, הנטל של הצדקת מסירת המסמכים לידי המבקש מוטל על המבקש עצמו.

בשל תכליות שונות אלו קבע בית המשפט המחוזי באחד המקרים כי ייתכן מצב שבו בעל מניות יהיה זכאי לעיין במסמכים שונים במסגרת בקשת גילוי מסמכים כתביעה נגזרת המוגשת על פי סעיף 198א לחוק החברות ותקנות סדר הדין האזרחי, גם אם הוא אינו זכאי לעיין בהם על פי יתר הוראותיו של חוק החברות.²³

20 ה"פ (כלכלית ת"א) 6013-12-17 נתנאל נ' רישן בנין והשקעות בע"מ, פס' 10 (נבו) 25.2.2020; ה"פ (כלכלית ת"א) See Kok Yang 35729-06-18 נ' סימגו מובייל בע"מ (נבו) 9.1.2020.

21 ס' 185 (ב) לחוק החברות. ראו גם רע"א 6830/15 פלוני נ' פלוגית, פס' 29 (אר"ש) 12.1.2016.

22 ראו, לדוגמה, ה"פ (מחוזי ת"א) 29611-10-10 רגב נ' פרסום אליקים הרמן בע"מ, פס' 22 (נבו) 31.12.2012. לדעה שונה ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 1539/06 סלונים – כונס נכסים נ' אמקור בע"מ (נבו) 9.10.2007; עניין ח'זנה, לעיל ה"ש 9.

23 ת"א (כלכלית ת"א) 54413-02-14 שריג נ' לרר, פס' 17 (נבו) 26.10.2014. ראו גם ה"פ (כלכלית ת"א) 50375-06-13 גפני הפקות נ' רוטשילד (נבו) 30.4.2015; תנ"ג (כלכלית ת"א) 61475-07-14 דהן נ' דהן (נבו) 22.1.2017; ת"א (כלכלית ת"א) 11439-05-19 טל נ' גיא, פס' 4 (נבו) 26.2.2020.

פרק ב: הליך הגילוי והעיון במשפט הכללי

1. הליך הגילוי והעיון בתביעה אזרחית

על מנת להבין נכונה את ההסדרים הקבועים בתביעה הנגזרת ובבקשת גילוי מסמכים מוקדמת, יש להכיר את הליך גילוי המסמכים בתביעה אזרחית "רגילה". תביעה אזרחית "רגילה" נפתחת בהגשת כתב תביעה,²⁴ שבו מפורטות העובדות העיקריות והמהותיות להוכחת עילת התביעה.²⁵ הנתבע נדרש להגיש כתב הגנה, שבו הוא משיב על טענות התובע בכתב התביעה. ככלל, כל טענה שלא הוכחה במפורש בכתב ההגנה, יראו אותה כמוסכמת.²⁶ לתובע יש זכות להגיש כתב תשובה במענה לטענות בכתב ההגנה, אך גם ללא הגשת כתב התשובה יראו את העובדות המהותיות הנקובות בכתב ההגנה כמוכחות וכשנויות במחלוקת.²⁷ מכיוון שכך, מקובל לראות את כתב התשובה כמימוש הזכות להעלאת עובדות וטענות חדשות שבאות להשיב על הטענות העולות מכתב ההגנה, ואשר חורגות מהכחשה גרידא.²⁸

משמעות הדברים היא שמצופה כי בעת הגשת התביעה יהיו בידיעתו האישית של מגיש התביעה העובדות הבסיסיות שעל פיהן ניתן לגבש (לשיטתו) עילת תביעה וסעד כלפי הנתבע, וכי הוא ידע מה להשיב על טענות הנתבע. זאת, מכיוון שכתב תביעה "רגיל" מבוסס על אירועים ונזקים שנגרמו לתובע באופן אישי,²⁹ ועל כן בכתב התביעה הוא אמור לפרט את העובדות שיקימו עילת תביעה וסעד. מכיוון שכך, אם כתב התביעה

24 ביום 5.9.2018 התפרסמו התקנות החדשות, אשר נכנסו לתוקף (למעט חריגים מסוימים) ביום 1.1.2021 (תק' 180 לתקנות החדשות). פתיחת ההליך בבית המשפט באמצעות הגשת כתב התביעה נקבעה בתק' 9 לתקנות החדשות.

25 תק' 9(ג), 11 ו-14(א) לתקנות החדשות.

26 תק' 14(ב) לתקנות החדשות.

27 תק' 18 לתקנות החדשות.

28 ע"א 7261/97 שרבני נ' חברת האחים שבירו בע"מ, פ"ד נד(4) 464, 474 (2000); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 280–281 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך 1995); יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 467, 490 (2015); תק' 18(א) לתקנות החדשות.

29 חריג אפשרי לכלל עילת התביעה האישית הוא עילת תביעה שהמחה הניזוק לתובע (ועל כן היא אינה בהכרח בידיעתו האישית של האחרון). יצוין כי בהתאם לס' 22 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] יש הגבלה לגבי האפשרות להמחות עילת תביעה נוזיקית, אולם ראו את הביקורת על כך בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 5251/10 יעקב כספי בע"מ נ' Banco Bilbao Vizcaya, Argentaria S.A. (אר"ש 6.1.2013). ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 45609-07-11 הנאמן להסדר הנושים ובעלי המניות של אורליין ייזום והשקעות בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ, פס' 36 (נבו 6.6.2014).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

אינו כולל עובדות המבססות עילת תביעה, התביעה חסרת תוחלת, ובית המשפט רשאי³⁰ למחוק את כתב התביעה על הסף.³¹

לאחר השלב הראשון, שבו הגישו בעלי הדין את כתבי הטענות הבסיסיים שפותרים את ההליך המשפטי, נפתח השלב השני, שבו מתקיימת העברה הדדית של מידע ומסמכים בין בעלי הדין כהליך מקדמי של הכנה למשפט.³² שלב זה כולל כמה כלים דיוניים להגשמתו, אשר החשוב מביניהם לענייננו הוא צווים לגילוי מסמכים ולעיון בהם. יודגש כי לפי הדין הקיים אי-אפשר להגיש בהליך אזרחי "רגיל" בקשה לגילוי מסמכים ולעיון בהם לפני מיצוי של שלב כתבי הטענות,³³ למעט במקרים חריגים מאוד.³⁴

יתר על כן, אי-אפשר לבקש גילוי מסמכים אף לבירור בקשת ביניים שמוגשת לבית המשפט בהליך אזרחי. כך, באחד המקרים הוגשה לבית המשפט המחוזי בקשה לסילוק על הסף של תביעה נגזרת, אשר התנהלה לגופה לאחר שאושרה על ידי בית המשפט. במענה לבקשת הסילוק הגיש התובע הנגזר בקשה להורות על גילוי מסמכים והגשת תצהירים, לצורך בירור עובדות שיסייעו לו להתמודד עם בקשת הסילוק. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה שהגיש התובע הנגזר, בקובעו כך:

30 בית המשפט רשאי למחוק את התביעה גם מיוזמתו. ראו ע"א 9176/09 **הנו נ' רשות הפיתוח – מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 31 (אר"ש 27.8.2013). ההלכה שלפיה בסמכותו של בית המשפט למחוק כתב תביעה גם מיוזמתו עוגנה בתק' 41 לתקנות החדשות.

31 תק' 41(א) לתקנות החדשות.

32 גבריאל הלוי **תורת הדין האזרחי** כרך א 414–415 (מהדורה מותאמת לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018, 2019); תק' 56–60 לתקנות החדשות.

33 בג"ץ 8052/20 **גבעון נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין**, פס' 12 (אר"ש 21.2.2021).

34 לפירוט מקרים חריגים שבהם ניתן להגיש בקשה לגילוי מסמכים עובר להגשת כתב תביעה ראו רע"א 2903/13 **אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי**, פס' 3 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 27.8.2014) (להלן: עניין **אינטרקולוני** 2014)). מניעה להגיש בקשה לגילוי מסמכים קיימת גם לאחר הגשת כתב תביעה אך **עובר** להגשת כתב הגנה. חריג לכך הוא הליך סדר הדין המקוצר, שבו הנתבע רשאי לבקש פרטים מהתובע לצורכי התגוננותו אם התובע לא צירף את כל המסמכים הדרושים כדי לסייע לנתבע להעמיד הגנה ראויה. ראו ע"א 688/89 **הילולים (אריזה ושיווק) בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ**, פ"ד מה(3) 188, 196 (1991); ע"א 3611/09 **אלישוב נ' בנק הפועלים בע"מ**, פס' 7 (אר"ש 5.1.2011).

עם זאת, יש הד בפסיקה לדעה כי **לאחר** התקנת התקנות החדשות אי-אפשר עוד להגיש בקשה לגילוי מסמכים ולעיון בהם לפני מיצוי של שלב כתבי הטענות. זאת, לנוכח תק' 59 לתקנות החדשות, הקובעת כי בקשה בנוגע לגילוי מסמכים ולעיון בהם תוגש במסגרת רשימת הבקשות הקבועה בתק' 49 לתקנות החדשות, שבמסגרתה יצר מחוקק המשנה עוצר בקשות ודרישה להגיש רשימת בקשות אשר בית המשפט ידון בהן במסגרת קדם-המשפט (ע"ר (מחוזי י-ם) 21-23656-01 **ע"ב נ' יציב**, פס' 34 (נבו 24.1.2021)). ברם, יש אחיזה גם לגישה שלפיה התקנות החדשות לא שינו את הדין הקיים מכיוון שלפי תק' 49(א) לתקנות החדשות, עוצר הבקשות חל רק על בקשות שמוגשות "במועד שלאחר הגשת כתב הטענות האחרון".

"...תקנה 120(א) [לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984] (להלן: התקנות הישנות) [] קובעת כי בעל-דין יהא רשאי לבקש צו לגילוי מסמכים רק במועדים מסוימים אשר ייפרו מיום המצאת 'כתב הגנה' או 'כתב תשובה'. מניסוח זה של התקנה עולה כי בהליך ביניים, שאין להגיש בו לא כתב-הגנה ולא כתב-תשובה, כעקרון אין מקור בדין המאפשר הוצאת צו גילוי מסמכים, אלא במקרים חריגים ונדירים בהסתמך על הסמכות הכללית של בית המשפט לתת כל סעד על פי ס' 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984".³⁵

2. שלבי הגילוי והעיון

ככלל, גילוי המסמכים והעיון בהם הם שני שלבים שונים, שלכל אחד מהם שיקולים ואיזונים משלו.³⁶ שעל פיהם תיבחן המידה שבה הוא מקדם דיון יעיל והוגן. **בשלב הגילוי**, אם המסמך מצוי בידי או בשליטתו של בעל הדין, על בית המשפט לבחון את הרלוונטיות של המסמך. רק לאחר שהחליט כי המסמך רלוונטי וכי עקב כך יש לגלותו, יעבור בית המשפט לשלב העיון, ויבחן אם יש להתיר את העיון בו. **בשלב העיון** יבחן בית המשפט אם מסמך רלוונטי שיש לגלותו יימסר לעיונו של הצד שכנגד. בעל הדין שהמסמך בחזקתו יכול להעלות בשלב זה טענות הגנה שעשויות לחסום את העיון, כגון טענות הכבדה,³⁷ חיסיון וסודיות.³⁸ אם הוא טוען לחיסיון, בית המשפט רשאי להורות לבעל הדין להעביר את החומרים לעיונו במעטפה סגורה, ועל סמך עיונו במסמכים אלו יכריע בית המשפט בטענות הצדדים.³⁹

35 תנ"ג (מחוזי מר') 7147-09-10 **כהן נ' לבייב** 10 (נבו 19.7.2018) (ההדגשה הוספה). דברים אלו יפים לכאורה גם להליכים הקיימים בתקנות החדשות.

36 הפסיקה הדגישה כי אלה שני שלבים נפרדים, שהוסדרו בתקנות שונות (שלב הגילוי – בתק' 112–113 לתקנות הישנות ובתק' 57 לתקנות החדשות; ושלב העיון – בתק' 114 לתקנות הישנות ובתק' 58 לתקנות החדשות), וכי לכל שלב תנאים שונים לקבלתו. רע"א 3389/12 **פלוגי נ' בנק הפועלים בע"מ**, פס" 5 (אר"ש 5.8.2012). בפרקטיקה צו גילוי מסמכים נכרך בצוותא עם צו עיון במסמכים. רע"א 7461/16 **אגף המכס ומע"מ נ' פן דור תעשיות בע"מ**, פס" יא (אר"ש 29.11.2016); רע"א 7956/08 **מעדניות האחים בכבוד (94) בע"מ נ' גן צבי**, פס" 6 (אר"ש 21.4.2009).

37 רע"א 7586/15 **בן צבי נ' אלשיך**, פס" 13 (אר"ש 24.1.2016).

38 על ההבחנה בין סודיות לחיסיון ראו יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" **ספר אורי קיטאי: אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט** 247, 256–257 (בוועד סנג'רו עורך 2007). להשלכה אפשרית של ההבחנה בין סודיות לחיסיון לעניין משקלה של טענת "האפקט המצנן" ראו עניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 13, בפס" 22 לפסק הדין של השופט עמית.

39 תק' 59(ב) לתקנות החדשות.

3. הערכים העומדים בבסיסו של הליך הגילוי והעיון

שלב גילוי המסמכים והעיון בהם הוגדר בפסיקה כשלב משמעותי בתביעה האזרחית,⁴⁰ אשר אי-אפשר להפריז בחשיבותו,⁴¹ וכלי הגילוי והעיון הוגדר על ידי ההלכה הפסוקה כ"אחד מהכלים החשובים בדין האזרחי".⁴² במסגרת התקנתן של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות הצהיר מחוקק המשנה על חשיבות ניהולם של הליכי הגילוי והעיון, וקבע כי "הליכי גילוי ועיון נאותים מהווים תנאי בסיסי לקיומו של הליך שיפוט ראויה והוגן".⁴³

כלי הגילוי והעיון הוגדר כזכות, הנגזרת מזכות היסוד לגישה למערכת השיפוטית, הכוללת בחובה גם את הזכות להליך ראוי.⁴⁴ לפיכך, ובשל תפקידו בהגשמת הערך של גילוי האמת, נקבע כנקודת מוצא בדין הישראלי כלל של גילוי מרבי.⁴⁵ הגילוי המרבי, כמימוש הערך של גילוי האמת, נועד להגשים תכלית כפולה – קיום דיון הוגן ויעיל.⁴⁶ לפיכך, ככל שערך גילוי האמת אינו מקדם את קיומו של דיון הוגן ויעיל, מתאינת ההצדקה לגלות את המסמכים.

ערכי ההגינות והיעילות של הדיון מתייחסים הן לבעלי הדין של הסכסוך הקונקרטי שהובא להכרעתו של בית המשפט, הן למערכת השיפוטית והן לחברה (society) בכללותה. כך, ערך היעילות מטרתו לייעל ולפשט את הדיון,⁴⁷ ולאפשר לבעלי הדין להכין כראוי את התשתית הראייתית מבלי שיופתעו על ידי היריב במהלך המשפט,⁴⁸ אך גם לקדם את ביורר ההליך המשפטי כמכשיר ניהולי בידי בית המשפט,⁴⁹ למנוע ריבוי הליכים ולרכז את ההתדיינות כולה בהליך אחד,⁵⁰ תוך קידום פשרות על ידי חילופי

-
- 40 ראו עניין בנק הפועלים, לעיל ה"ש 36, בפס' 5.
- 41 אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי כרך א 345 (מהדורה שלוש-עשרה 2020).
- 42 ראו עניין אינטרקולוני (2014), לעיל ה"ש 34, בפס' 58 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור; רע"א 5403/17 ר'בקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימיקלים לישראל בע"מ, פס' 16 (אר"ש 5.12.2017). אחד המחברים, עו"ד טסלר, ייצג בעניין האחרון את המבקשת.
- 43 תק' 60(א) לתקנות החדשות.
- 44 רע"א 7802/10 עמירם גרופ יזום והשקעות יזום והשקעות בע"מ נ' קרל אופנת גברים איכותית בע"מ, פס' 21 (אר"ש 15.8.2012).
- 45 ראו, לדוגמה, רע"א 7598/14 הפטריארך היווני אורתודוכסי של ירושלים נ' הימנותא בע"מ, פס' 11 (אר"ש 6.1.2015); בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 1, 21 (2011); רע"א 5806/06 עיזבון נמירובסקי נ' שימקו, פס' 6 (אר"ש 13.6.2007).
- 46 ראו עניין אוניברסיטת בר-אילן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 15. ראו הטמעה של עיקרון זה, בין היתר, בתק' 60(א) לתקנות החדשות.
- 47 רע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' זליכה, פס' 18 (אר"ש 29.3.2016).
- 48 ראו עמית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 248.
- 49 דודי שורין סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 43 (2007).
- 50 ה"פ (מחוזי מר') 63002-03-15 ת"ל נ' רוטשטיין, פס' 12 (נבו 11.3.2016).

מידע שיסייעו לכל צד להעריך את סיכויי טיעונו.⁵¹ באופן דומה, גם ערך ההגינות מכתוב כי צד לא יסתיר מרעהו ראיות אשר יכולות לסייע לו לבסס את קו הטיעון שנקט.⁵² הסתרה זו עלולה להכשיל את בירור האמת על ידי בית המשפט,⁵³ ולמנוע הקצאת משאבים צודקת לטובת הצד שנפגע או שהופרו זכויותיו ולטובת החברה. מכל אלה עולה כי לא תהיה הצדקה לגלות או להעביר לעינו של מגיש הבקשה מידע שגילוי לא יסייע בקידומו של דיון הוגן ויעיל ברמת הסכסוך הפרטני, ברמת המערכת השיפוטית או ברמת החברה (society).

פרק ג: בעיית הנציג בחברה

1. בעיית הנציג הקלסית

חברה בעירבון מוגבל מהווה מכשיר הכרחי לקיום הכלכלה המודרנית. מכשיר זה נוצר, בין היתר, כתוצאה מהגידול שחל בהיקף הפעילות ובהון המושקע כדי לקדם את הפעילות הכלכלית ולהשיא את ערכה.⁵⁴ דהיינו, החברה יוצרת מסגרת נוחה להתאגדות של יחידים באופן שאינו חושף אותם באופן אישי לחובות החברה, ומתמרץ נטילת סיכונים שבכוחם להזניק את הכלכלה ואת העולם המדעי.

ברם, אחת הבעיות הידועות של החברה היא **בעיית הנציג**, אשר אף כונתה "בעיית הבעיות של דיני החברות".⁵⁵ דילמה זו משקפת סיטואציה שבה האישיות המשפטית שמחזיקה בכוח להכווין את פעילות התאגיד מעדיפה את טובתה האישית על טובת התאגיד. בספרות בעיה זו נדונה בהרחבה בשלושה מישורים: המישור שבין בעלי המניות בחברה לבין מנהליה; המישור שבין בעלי מניות הרוב (בעלי השליטה) לבין בעלי מניות המיעוט; והמישור שבין בעלי המניות לבין נושי החברה. אנו נתמקד בשני המישורים הראשונים.⁵⁶

המישור הראשון הוא מישור הקונפליקט שבין בעלי המניות לבין נושאי המשרה.⁵⁷ בעיית נציג זו נובעת מההפרדה בין הבעלות לבין השליטה. הפרדה זו נועדה להגביר את

51 שוורץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 319.

52 רע"א 7867/06 פקיד שומה חיפה נ' לוסקי, פס' יג (אר"ש 6.1.2008).

53 עמית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 251.

54 גרוס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 105.

55 אוריאל פרוקצ'יה "פרק יד: תאגידים" הגישה הכלכלית למשפט 751, 754 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

56 להרחבה לגבי בעיית הנציג במישור השלישי – בין בעלי המניות לבין נושי החברה – ראו ע"א 7516/02 פישר נ' יוכמן, פ"ד ס(1) 69, 82 (2005).

57 ע"א 7735/14 ורדינקוב נ' אלוביץ, פס' 17 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 28.12.2016); ע"א 4857/16 מנשה נ' יוז'ין אייר בע"מ, פס' 27 ו-36 (אר"ש 24.4.2018).

היעילות הכלכלית של התאגיד באמצעות העסקת נושאי משרה בעלי יכולות ניהול טובות מאלה של בעלי המניות.⁵⁸ אך אליה וקוץ בה – ההפרדה בין השליטה בפעולות התאגיד, הנתונה למנהלי התאגיד, לבין הבעלות בתאגיד, המצויה בידי בעלי המניות, יוצרת חשש שמא מקבלי ההחלטות, המנהלים את רכושם של בעלי המניות, ינצלו את כוחם לרעה ויעדיפו את טובתם האישית על טובתם של החברה ובעלי מניותיה.⁵⁹

המישור השני הוא מישור הקונפליקט שבין בעלי מניות המיעוט לבין בעלי השליטה.⁶⁰ בחברות רבות מתקיים מתח בין בעלי מניות המיעוט לבעלי מניות הרוב (בעלי השליטה). מתח זה טבעי ולגיטימי, שכן כאשר אין הטעיות היוצרות עילות תביעה, בעלי המניות יודעים היטב את יחסי הכוחות בחברה שהם יצרו או שאת מניותיהם רכשו. עם זאת, קיים חשש שבעלי השליטה, אשר יכולים לכוון את פעילותו של התאגיד,⁶¹ ינצלו את נכסי התאגיד באופן פסול ומקפח לטובת העשרת כיסם האישי על חשבון בעלי מניות המיעוט.

כדי לפתור את בעיית הנציג האמורה בשני המישורים הללו, יצר המשפט, בין היתר, את **התביעה הנגזרת**. התביעה הנגזרת מעניקה לתובע הנגזר⁶² "זכות עמידה" לבקש לתבוע בשם החברה מקום שהאורגנים של החברה נמנעים מלעשות כן ללא הצדקה בשל בעיית הנציג.⁶³ אם הבקשה לאישור התביעה כנגזרת מאושרת, התובע הנגזר מקבל מעין "אוטונומיה" וסמכות לנהל את התביעה הנגזרת בשם החברה, והתערבות האורגנים של החברה בדרך שבה התובע הנגזר מנהל את התביעה הנגזרת תתאפשר רק במשורה ובמקרים חריגים. דוגמה לחריג כזה היא כאשר מהלך מסוים שנקט התובע הנגזר יגרור בסבירות גבוהה וממשית נזק חמור ובלתי הפיך לחברה.⁶⁴

58 ראו זוהר גושן "בית משפט כלכלי וקו הגבול שבין ניהול כושל לניהול חובל" **משפטים** 541, 546–549 (2018).

59 עניין **ערד השקעות ופיתוח תעשייה**, לעיל ה"ש 18; גושן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 241.

60 עניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 57, בפס' 55 לפסק הדין של השופט עמית.

61 ראו ס' 1 לחוק החברות, המפנה בהגדרת השליטה לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, אשר מגדיר בס' 1 את השליטה כ"יכולת לכוון את פעילותו של תאגיד". ראו גם ע"פ 3506/13 **הבי נ' מדינת ישראל**, פס' 215–255 (אר"ש 12.1.2016).

62 בהתאם לס' 194 לחוק החברות, בעלי מניות ודירקטורים רשאים להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת, ואינם מוגבלים בעילות שבגינן הם יכולים להגיש. לעומתם, נושה יכול להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת רק מכוח העילה המתוחמת בס' 204 לחוק החברות. לתנאים ולדיון (ראשוני) בתחולת העילה העומדת לזכות נושה בהגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת ראו רע"א 8259/17 **צנציפר חברה ליבוא תבואות ומספוא בע"מ נ' א. דורי בניה בע"מ** (אר"ש 18.1.2018). מכוח עילה זו רשאי הנושה גם להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. רע"א 784/20 **אקסטל לימטיד נ' ברוך** (אר"ש 15.6.2020).

63 ראו, למשל, עניין **ר'בקה טכנולוגיות**, לעיל ה"ש 42, בפס' 14; רע"א 5296/13 **אנטורג נ' שטבינסקי**, פס' 16 (אר"ש 24.12.2013); ע"א 2988/17 **בי-4 בע"מ (בפירוק מרצון) נ' אודיו פיקסלס בע"מ**, פס' 2 (אר"ש 12.2.2019).

64 רע"א 729/17 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ**, פס' 30 לפסק הדין של השופט סולברג (אר"ש 31.7.2017).

2. בעיית הנציג של מגיש בקשה לאישור תביעה כנגזרת

התביעה הנגזרת מסייעת לתובע הנגזר לפקח על האורגנים ובעלי השליטה של התאגיד לשם שמירה על זכויותיו של בעל מניות מיעוט מפני ניצול לרעה של הכוח הנתון בידי בעלי השליטה ומנהלי התאגיד.⁶⁵ מכיוון שכך, התביעה הנגזרת נחשבת אחד הכלים החשובים ביותר לשמירה על ממשל תאגידי תקין – "an important part of the corporate governance landscape".⁶⁶

יש שהציעו להטיל על התובע הנגזר חובת נאמנות, אולם הם לא פירשו מהו מקורה.⁶⁷ בהקשר זה אנו סבורים כי ניתן לראות בתובע הנגזר מעין נושא משרה של החברה, המופקד על ניהול התביעה ומיצוי עילת התביעה של החברה.⁶⁸ מכאן, לעניות דעתנו, נובעות לתובע הנגזר החובות שנושאי משרה חבים כלפי החברה ובעלי מניותיה, דהיינו, חובות הזהירות והאמונים. למצער, הואיל ולתובע הנגזר ניתנת שליטה מלאה בניהול התביעה ובהכוונת פעולת התאגיד בהקשר ספציפי זה, ניתן לטעון כי בסוגיה זו בעל המניות נהפך לבעל שליטה, וככזה מוטלות עליו חובות הגינות לטובת התאגיד.⁶⁹ המסקנה העולה מגישה זו היא כי גם לתובע הנגזר יש בעיית נציג, המתבטאת בשלושה מישורים לפחות: **המישור הראשון** הוא הראייה הצרה של התובע הנגזר. הואיל והתובע הנגזר זוכה בתגמול כספי רק בשל מיצוי עילת תביעתו, ולא בשל השאת ערכו של התאגיד,⁷⁰ הוא רואה לנגד עיניו רק את טובת התביעה, ולא את טובת התאגיד. לפיכך קיים חשש שמא בניסיון למצות את עילת התביעה, יגרום התובע הנגזר נזק לתאגיד.⁷¹

המישור השני דומה לבעיית הנציג של המנהלים, דהיינו, שכוח התביעה שיופקד

65 ת"א (מחוזי ת"א) 11745/00 **שטרית נ' אריסון השקעות בע"מ**, פ"מ התשס"ב (1) 110, 123 (2002), שצוטט בהסכמה בעניין **אינטרקולוני** (2014), לעיל ה"ש 34, בפס' 16 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור.

66 *Sec. First Corp. v. U.S. Die Casting & Dev. Co.*, 687 A.2d 563, 571 (Del. 1997); עניין *Seinfeld*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 120.

67 ראו נועם זמיר ואריק ברנאייזן "גילוי מסמכים לפני בקשה לאישור תביעה נגזרת" **ספר גרוניס** 13 (אהרן ברק ואח' עורכים, צפוי להתפרסם).

68 עניין **אפריקה ישראל להשקעות**, לעיל ה"ש 64, בפס' 24 לפסק הדין של השופט סולברג. ראו הגדרת "נושא משרה" בס' 1 לחוק החברות. לכך שאין צורך בסטטוס רשמי כדי להגדיר בעל תפקיד כנושא משרה ראו עניין **הבי**, לעיל ה"ש 61, בפס' 183–186.

69 בדלור נקבע כי ניתן לראות בעל מניות כבעל שליטה גם לצורך עסקה אחת שבה יש לו יכולת לכוון את פעילות התאגיד. *In re Tesla Motors, Inc. S'holder Litig.*, Consol. C.A. No. 12711-VCS, 2020 WL 553902 (Del. Ch. Feb. 4, 2020).

70 על כך שחוק החברות מכוון להשאת ערכה של החברה ראו דוד האן "אבני נגף בדין התאגידי: אחריות נושאי משרה – בין חוק החברות לחוק חדלות פירעון" **עיוני משפט** מג 203 (2020).

71 עניין **אפריקה ישראל להשקעות**, לעיל ה"ש 64, בפס' 2 לפסק הדין של השופט עמית. ראו גם אסף חמדני ורות רונן "מי שולט בתביעה הנגזרת?" **ספר יורם דנציגר: אסופת מאמרים לכבודו של השופט (בדימוס) פרופ' יורם דנציגר** 211, 220 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים) (2019).

בידי התובע הנגזר עלול לשמש בידיו כלי שרת לסחיטה של התאגיד, של בעלי מניותיו ושל מנהליו, מתוך אינטרסים אשר זרים לטובת החברה.⁷² ודוק, אין זה מפתיע שקיימת זהות בין בעיית הנציג של התובע הנגזר לבעיית הנציג של המנהלים, שכן התובע הנגזר מבקש, הלכה למעשה, להתמנות לנושא משרה שאחראי להוצאתה לפועל של זכות התביעה.

המישור השלישי הוא למעשה בעיית נציג כלפי החברה ויתר בעלי מניותיה בניהול ההליך. בעיה זו יכולה לקבל ביטוי **בתחילת ההליך**, כאשר התובע הנגזר מגיש בקשת אישור רשלנית. בעיית נציג זו מתבטאת בכך שרצונו של התובע הנגזר לזכות בגמול עלול להניע אותו להגיש בקשת אישור בוסרית כדי לקבל קדימות בתחרות מול תובעים נגזרים מתחרים אחרים. בקשת אישור בוסרית עלולה להיות הרת אסון לחברה ולבעלי מניותיה, שכן דחייתה, בשעה שקיימת לכאורה עילה ממשית, תוריד לטמיון עילת תביעה ראויה שעשויה להיות לה משמעות כלכלית לא מבוטלת. ניהול רשלני יכול להיות גם **במהלך ניהול התביעה**. כך, התובע הנגזר עלול לגרום, עקב מחדלים מצידו וניהול לא מושכל של ההליך, למיצוי לא מיטבי של עילת התביעה, דבר שעלול להוביל, בין היתר, לדחיית התביעה (כולה או חלקה) נגד הנתבעים (כולם או חלקם).

לנוכח בעיית נציג זו יצר הדין כמה מנגנוני הגנה לטובת החברה. **ראשית**, נקבע כי בירור התביעה הנגזרת מורכב משני שלבים: השלב הראשון – שלב הגשת בקשה לאישור התביעה כנגזרת; ורק אם התובע הנגזר צולח שלב זה, הוא יעבור לשלב השני – שלב בירור התביעה הנגזרת לגופה.⁷³

שנית, לגבי השלב של בחינת הבקשה לאישור התביעה כנגזרת, סעיף 198 לחוק החברות קובע את שלושת התנאים הבאים שעל התובע הנגזר למלא כדי לזכות באישור התביעה כנגזרת ולהמשיך לשלב של בירור התביעה לגופה: (1) יש לתובע הנגזר הרשאה להגיש את הבקשה לאישור התביעה כנגזרת לפי סעיף 197 לחוק החברות, דהיינו, פנייה מוקדמת לפי סעיף 194 לחוק החברות לא טופלה על ידי החברה כראוי או שהתובע הנגזר היה פטור מלפנות לחברה בפנייה מוקדמת כאמור; (2) על התובע הנגזר להראות כי קיימת עילת תביעה לכאורה לחברה, וכי מדובר בתביעה שהיא לכאורה לטובת החברה;⁷⁴ (3) על התובע הנגזר⁷⁵ להראות כי הוא

72 ראו, למשל, עניין ורדינקוב, לעיל ה"ש 57; עניין ר'בקה טכנולוגיות, לעיל ה"ש 42, בפס' 14; ע"א 52/79 סולימני נ' בראונר, פ"ד לה (3) 617, 625 (1980).

73 עניין ורדינקוב, לעיל ה"ש 57; תנ"ג (כלכלית ת"א) 26462-08-14 עקה נ' פרוחאל תירות בע"מ, פס' 6 (נבו 31.3.2015).

74 למקרים שבהם נמצא כי יש עילה לכאורה אולם התביעה הנגזרת לא התקבלה מכיוון שנקבע כי היא אינה משרתת את טובת החברה ראו, לדוגמה, תנ"ג (כלכלית ת"א) 53739-04-15 בורודצקי נ' שדות נפט בע"מ (נבו 19.6.2018); תנ"ג (כלכלית ת"א) 37733-12-14 קוסובר נ' דוניץ (נבו 25.3.2018).

75 יש לחדר כי בתביעה נגזרת דרישת תום הלב מוטלת על התובע הנגזר, ולא על בא כוחו (תנ"ג (כלכלית ת"א) 38299-07-15 יפעת נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 69 (נבו 24.3.2016)). לעומת זאת, בתובענה ייצוגית דרישת תום הלב מוטלת הן על התובע המייצג והן על בא כוח המייצג (רע"א

אינו פועל בחוסר תום לב.⁷⁶

שלישית, לחברה ניתנת אפשרות לעתור לבירור בקשת אישור אחת בלבד באותו עניין עובדתי ומשפטי, במקרה שבו מוגשות כמה תביעות נגזרות מתחרות. המחוקק לא הסדיר את המצב שבו מתקיימת תחרות בין תביעות נגזרות. ברם, הפסיקה יצרה היקש מהסדר הקבוע במוסד התובענות הייצוגיות, כך שבמצב של בקשות אישור מתחרות יש אפשרות למחוקק את הבקשות המתחרות, לאחדן או להורות על צירוף או החלפה של מייצג או בא כוח.⁷⁷ בהמשך נעמוד בהרחבה על פרטי ההסדר של בחירה בין בקשות אישור מתחרות. אולם כבר עתה נציין כי הפסיקה ביקשה לסלק מן הדרך, כבר בראשית ההליך, תובע נגזר המגלה סימנים שהוא אינו יכול לייצג נאמנה את החברה ובעלי מניותיה. לשם כך נמנעה הפסיקה מלהגביל את בחינת בקשות האישור המתחרות לבחינה כרונולוגית בלבד, והציבה דרישה לבחינה איכותנית שבוחנת את איכותן של בקשות האישור ואשר יכולה לגבור על המבחן הכרונולוגי-הטכני במקרים המתאימים.

פרק ד: בקשת גילוי המסמכים המוקדמת

1. הרקע והתנאים לאישורה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת

עד להקמת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו,⁷⁸ בשנת 2010, ולתיקון מס' 16 לחוק החברות, שנכנס לתוקף בשנת 2011, השימוש בהליך התביעה

3698/11 **שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ**, פס' ל לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (אר"ש 9.9.2017).

76 רע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן**, פס' 16 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 26.4.2015); ע"א 1091/15 **רונפלד נ' Dolphin Fund Limited**, פס' לח לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (אר"ש 13.7.2016); עניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 57; עניין **מנשה**, לעיל ה"ש 57, בפס' 28. זאת, בהתאם לס' 1 ו-198 לחוק החברות, ובכפוף לס' 197 לחוק החברות.

77 על השיקולים שיש לשקול במסגרת בקשות מתחרות ראו, לדוגמה, ת"צ (כלכלית ת"א) 40065-03-16 **אסם השקעות בע"מ נ' גולדשמידט**, פס' 31 (נבו 2.7.2016). בפסיקה נקבע כי בסוגיה של בקשות מתחרות בקשת גילוי מסמכים שוות ערך לבקשת אישור, ועל כן המנגנון של ס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, חל הן על בקשות אישור, הן על בקשות גילוי מסמכים מוקדמות והן על בקשות אישור שמתחרות בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות (ולא הפך). ע"א 3293/17 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור** (אר"ש 12.9.2018); ע"א 1374/19 **דקל נ' פרוטרום תעשיות בע"מ**, פס' 6 (אר"ש 4.4.2019).

באמצעות הברית המצב שונה. שם אין תמריץ להגיש תביעות נגזרות מתחרות באותו תחום שיפוט (להבדיל מתביעות ייצוגיות), בשל היכולת להגיש תביעות מקבילות במדינות שונות. *In re Wal-Mart Stores, Inc.*, 167 A.3d 513 (Del. Ch. 2017).

78 צבי זיסק "פריחתם של בתי המשפט הכלכליים – סקירה השוואתית בין דלוור לישראל" **DEBATE** 11 (2) (2017). פעילותה של המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב הוכתרה

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

הנגזרת היה מועט.⁷⁹ אחת הסיבות לכך הייתה פערי המידע בין מגיש התביעה הנגזרת לבין החברה, בעלי השליטה בה ונושאי המשרה שלה.⁸⁰ לפיכך, ועוד בטרם עוגנה בחקיקה הזכות לגילוי מסמכים ולעיון בהם, הכיר בית המשפט, בעניין **לבייב**,⁸¹ בזכותם של בעלי הדין לגילוי מסמכים ולעיון בהם בשלב הבקשה לאישור תביעה כנגזרת. באותו עניין החיל בית המשפט את ההלכה שנקבעה בעניין **יפעת** בשנת 2003⁸² – שקבעה כי ניתן לערוך הליכי גילוי מסמכים בשלב הבקשה לאישור תובענה **כייצוגית** – גם על הליך בקשה לאישור תביעה כנגזרת:

"...ניתן להיעתר לבקשה למתן צו לגילוי מסמכים בשלב הדיון בבקשה לאישור תביעה נגזרת, ובלבד שהבקשה עומדת בסייגים אלו: המסמכים רלוונטיים לשלב זה של ההליך; הוצגה תשתית ראייתית ראשונית אשר ניתן ללמוד ממנה כי קיים סיכוי שהבקשה לאישור תביעה נגזרת תתקבל; על הגילוי יחולו המגבלות החלות באופן כללי על גילוי מסמכים..."⁸³

מאוחר יותר, ובשל חשיבות העניין, מצא המחוקק לנכון להסדיר בחקיקה את כלי גילוי המסמכים כתנאי להיעתרות לבקשת גילוי מסמכים – הן בתובענה ייצוגית⁸⁴ והן

כהצלחה (הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 81) (הקמת מחלקה כלכלית בבית המשפט המחוזי בחיפה), התשע"ח-2017, ה"ח הממשלה 20), והובילה להקמת מחלקה כלכלית נוספת בבית המשפט המחוזי בחיפה (חוק בתי המשפט (תיקון מס' 92), התשע"ח-2018, ס"ח 169).
79 ראו, למשל, תנ"ג (כלכלית ת"א) 32690-10-11 **גוטליב נ' איילון אחזקות בע"מ**, פס' 105 (נבו 3.9.2012); חאלד כבוב ועינבל מימון-בלאו "שלבים ראשונים בהגשת תביעה נגזרת" **תאגידים** ט(4) 3, 5-4 (2012); ירון רובינה "התביעה הנגזרת ככלי להגברת האכיפה הפרטית בישראל – האם תיקוני חוק החברות השיגו את מטרותם?" **DEBATE** כ(2) 69, 92-88 (2015). ראו גם בספרות הזרה: Yifat Aran, *From Delaware to Israel: Evaluating Israel's Quasi Experiment of a Specialized Corporate Court* 4 (2015), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2619916.

80 קיימת גם פרשנות אחרת בספרות, שלפיה העדר השימוש הנרחב בתביעה הנגזרת נבע, בין היתר, מהטלת העלויות של ניהול ההליך המקדמי על התובע הנגזר. אירית חביב-סגל **דיני חברות** 677, 691-693 (2007). לכאורה בעיה זו נפתרה, על פי חביב-סגל, עם חקיקתו של חוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005, ס"ח 238, שבו הופחתה האגרה המוטלת על התובע הנגזר ונקבעה אפשרות לפסיקת הוצאות ושכר טרחה לטובת התובע הנגזר ובא כוחו. עם זאת, לא מצאנו ראיות או מחקרים המצביעים על זינוק בהגשת בקשות לאישור תביעות נגזרות לאחר שנת 2005, כך שטעם זה לבדו אינו מסביר את העדר השימוש בבקשות לאישור תביעות כנגזרות.

81 רע"א 11126/08 **לבייב נ' רפאלי** (אר"ש 7.5.2009).

82 רע"א 10052/02 **יפעת נ' דלק מוטורס**, פ"ד נז(4) 513 (2003).

83 עניין **לבייב**, לעיל ה"ש 81, בפס' 4.

84 ראו תק' 4(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

בתביעה נגזרת.⁸⁵ במסגרת תיקון מס' 16 לחוק החברות נחקק סעיף 198א לחוק החברות, אשר אימץ את התנאים האמורים בעניין **לבייב**,⁸⁶ והסדיר את הכלי של בקשת גילוי מסמכים בתביעה נגזרת. להלן נוסחו של הסעיף (ההדגשות הוספו):

"(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 198(א)."

הנה כי כן, לאחר חקיקתו של סעיף 198א לחוק החברות ניתן להגיש בקשה לגילוי מסמכים בשתי הזדמנויות: אפשרות אחת היא **בעיצומו** של הליך הבירור של בקשה לאישור תביעה כנגזרת; והאפשרות האחרת היא **לפני** הגשת בקשה לאישור תביעה כנגזרת, לשם בחינה או ביסוס של טענות התובע הנגזר המיועד.

משמע, סעיף 198א לחוק החברות לא רק עיגן בחקיקה את התנאים שנקבעו בעניין **לבייב** לאישורה של בקשת גילוי מסמכים, אלא אף הביא עימו בשורה תקדימית בדמות האפשרות להגיש בקשת גילוי מסמכים **גם לפני הגשת הבקשה לאישור תביעה כנגזרת**. ודוק, **בקשת גילוי מסמכים מוקדמת** היא עצמאית, במובן זה שהגשתה ואישורה אינם מחייבים הגשת בקשה לאישור תביעה כנגזרת או תלויים בהגשה כאמור (אף שהיא צופה פני תביעה נגזרת, כפי שיידון להלן בהרחבה). ממילא, לעמדתנו, החלטה **הדוחה** בקשת גילוי מסמכים מוקדמת מהווה פסק דין.⁸⁷

85 ראו ס' 198א לחוק החברות. יצוין כי בתק' 6(ב) לטיטות תקנות החברות (הוראות לענין תביעה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017 (אשר טרם אושרה), יש הוראה נוספת בנוגע לסודיות שבית המשפט רשאי להטיל על התובע, בדומה לתק' 4(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות.

86 עניין **אינטרקולוני** (2014), לעיל ה"ש 34, בפס' 59–60 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור.

87 ההלכה הנוהגת כיום נקבעה במסגרת ע"א 2903/13 **אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי**, פס' 4 (אר"ש 30.6.2013) (להלן: עניין **אינטרקולוני** (2013)). באותו עניין נקבע כי החלטה בבקשת גילוי מסמכים שהוגשה לפני הגשת בקשה לאישור תביעה כנגזרת היא החלטה ביניים, שניתן להגיש בגינה בקשת רשות ערעור בלבד. עד כה לא אותגרה הלכה זו, והוחלה ללא הבחנה על כל החלטות בית המשפט בבקשות לגילוי מסמכים – בין לאחר הגשת בקשת אישור ובין לפני, בין שהבקשה לגילוי מסמכים התקבלה ובין שהיא נדחתה.

להלכה זו יש רגליים, שכן החלטה המאשרת בקשת גילוי מסמכים מוקדמת אינה מהווה עילה לדיון חוזר, כהגדרתו בס' 41(ה) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. דבר זה עשוי לרמוז כי גם בעיני המחוקק (למצער בשנת 2011) החלטה בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת היא החלטה ביניים ככל החלטת ביניים אחרת בסוגיה של גילוי מסמכים ועיון בהם, אשר הדרך להשיג עליה – בין שהיא קיבלה את הבקשה ובין שהיא דחתה אותה – היא באמצעות בקשת רשות ערעור.

בהתאם להוראות הסעיף, על תובע נגזר המעוניין להגיש בקשת גילוי מסמכים, לפני הגשת בקשת אישור או לאחריה, לעמוד בתנאים הבאים: (1) קיום אחת החלופות הנקובות בסעיף 197 לחוק החברות, התלויות במילויה של חובת הפנייה המוקדמת של התובע הנגזר לחברה בהתאם לסעיף 194 לחוק החברות, או קיום פטור מחובת הפנייה המוקדמת; (2) העמדת תשתית ראייתית ראשונית לקיומם של התנאים לאישור תביעה כנגזרת; (3) עמידה בתנאים החלים לגבי גילוי מסמכים לפי הדין הכללי,⁸⁸ משמע, שהמסמכים המבוקשים רלוונטיים ושאינן מניעה למסור אותם לעיון הצד שכנגד עקב המגבלות שפורטו בהרחבה בתת-פרק 2 לעיל.

יצוין כי אף שלשון סעיף 198א לחוק החברות נוקבת את כלי הגילוי בלבד, העניקה ההלכה הפסוקה פרשנות מרחיבה לסעיף זה באשר לסוגי ההליכים המקדמיים הכלולים בו וכן זהות המשיבים לבקשת גילוי המסמכים, אשר כוללים גם צדדים נוספים שיש בידם מסמכים של החברה.⁸⁹ כך, הפסיקה פירשה כי סעיף זה כולל גם את כלי העיון

ברם, לעמדתנו, ובהתאם להלכה הפסוקה שביני לבני התחדשה, ההחלטה בעניין אינטרקולוני (2013) הייתה נכונה לאותו מקרה, שבו החברה המשיבה ערערה על החלטה לקבל (באופן חלקי) את בקשת גילוי המסמכים, אולם היא אינה רלוונטית למקרה שבו המבקש מערער על דחייתו של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. זאת, בין היתר, לנוכח הלכה שהתחדשה שנים אחדות לאחר עניין אינטרקולוני (2013), שלפיה בקשת גילוי מסמכים מוקדמת דומה לתביעה נגזרת, וממילא מועלות במסגרתה הטענות העיקריות שצפויות לעלות בתביעה הנגזרת (תנ"ג (כלכלית ת"א) 12255-04-19 דה לנגה נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פס' 26–28 (נבו 11.2.2020)), וכאשר דחייתו של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת עלולה ליצור מעשה בית דין ולחסום תובע נגזר מלהגיש תביעה נגזרת באותה עילה ללא ראיות חדשות (רע"א 1365/17 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר, פס' 22–23 (אר"ש 9.3.2017) (להלן: עניין נשר (2017))).

לפיכך, לעמדתנו, החלטה בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת דומה להחלטה בבקשה לסילוק על הסף, כך שאם תידחה בקשת גילוי המסמכים המוקדמת (באופן ששקול לקבלת בקשה לדחייה על הסף), יסתיים למעשה בירור טענותיו של המבקש, ולכן הוא רשאי להגיש ערעור בזכות על ההחלטה (שמהווה למעשה פסק דין). לעומת זאת, אם תתקבל בקשת גילוי המסמכים, אזי מדובר בהחלטת ביניים בלבד (ששקולה לדחיית בקשה לסילוק על הסף), שבגינה המשיבה רשאית להגיש בקשת רשות ערעור בלבד.

דומה כי גם מלומדים נוספים אוחזים בגישה שהצענו, שלפיה החלטה זו אינה בגדר החלטת ביניים כבקשת גילוי מסמכים "רגילה", אלא מהווה אבן דרך משמעותית בהליך, שבכוחה לדרון את טענת המבקש (ויתר בעלי המניות) לשבט. אותם מלומדים אף הציעו לתקן את החוק ולהוסיף לדיון הנוסף גם החלטה המאשרת בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. זמיר וברנאייזון, לעיל ה"ש 67. גם בית המשפט העליון בעניין ברוך, לעיל ה"ש 62, בפס' 13א, היה ער לקושי בפסיקה הקיימת, וקבע כי מכיוון שמדובר בהחלטה שאינה ניתנת לערעור בשלב מאוחר בהליך, "היקף הביקורת השיפוטית של ערכאת הערעור ביחס אליה הוא רחב יחסית, וקרוב להיקף הביקורת המופעלת בהליכי ערעור בזכות".

88 עניין אינטרקולוני (2014), לעיל ה"ש 34, בפס' 60 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור; עניין ר'בקה טכנולוגיות, לעיל ה"ש 42, בפס' 17.

89 תנ"ג (כלכלית ת"א) 51165-05-13 ירח עיצובים ושירותי ניהול בע"מ נ' עילדב השקעות בע"מ (נבו 27.3.2014).

במסמכים,⁹⁰ אשר יכול לשאת על שכמו גם אפשרות פרשנית של זימון עדים במסגרת אישור תביעה כנגזרת.⁹¹

נוסף על כך, לנוכח העובדה שבקשת גילוי מסמכים מוקדמת מוגדרת כשלב "מקדמי-שבמקדמיים",⁹² קבעה ההלכה הפסוקה כי אין להפריז ולייחס משקל מכריע לאי-הכללת משיבים מסוימים או ראיות כאלה ואחרות בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת, מקום שהבקשה הוגשה בתום לב ועומדת ברף האיכות המלמד כי היא לא הוגשה כלאחר יד ובלא שקידה ראויה, רק כדי לתפוס מקום בתור.⁹³ באשר לתוכן הבקשה, בהתאם לתכליתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת – שהיא קבלת מידע הצופה פני תביעה נגזרת עתידית⁹⁴ – על המבקש בקשה כזו לעתור לקבלת מידע בדבר קיומה של עילה, ולא בדבר גובה הנזק ונתונים אחרים השמורים לשלב מתקדם של בירור התביעה הנגזרת לגופה.⁹⁵

2. יתרונותיה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת

הליך גילוי המסמכים חורג בחשיבותו מ"פרוצדורה דיונית" בלבד, ויש לו השפעה מהותית על איכות בירורן של טענות התובע הנגזר במסגרת בקשת האישור. מניעת בירורן של העובדות והטענות שבבקשת האישור עלולה להקשות את בירור הבקשה לאישור התביעה כנגזרת,⁹⁶ ובמקרים מסוימים אף להביא לידי

90 רע"א 6122/14 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר, פס' 6 (אר"ש 6.5.2015) (להלן: עניין נשר (2015)).

91 תנ"ג (כלכלית ת"א) 28887-07-12 ורדיקוב נ' אלוביץ, פס' 35 (נבו 30.4.2013); תנ"ג (כלכלית ת"א) 22577-06-15 פורמברג נ' בר-ריב מפעלי תעשייה והשקעות בע"מ (נבו 23.3.2016).

92 כפי שניסח זאת בית המשפט המחוזי בתנ"ג (מחוזי מר") 29030-09-12 אלמדקו בע"מ נ' פלייט מדיקל אינווישנס בע"מ, פס' 35.1 (נבו 16.5.2014).

93 תנ"ג (כלכלית ת"א) 17044-12-14 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אהרונ, פס' 7 (נבו 14.8.2019).

94 ראו, למשל, עניין דה לנגה, לעיל ה"ש 87. ראו גם תנ"ג (כלכלית ת"א) 48658-05-20 שרון נ' לבון, פס' 43 (נבו 5.8.2021): "בחינת בקשה לגילוי מסמכים נעשית באופן דומה לבחינת בקשה להגשת תביעה נגזרת. זאת מתוך הבנה כי בקשה זו פותחת הליך שנועד בסופו להביא להגשת בקשה לאישור תביעה כנגזרת."

95 ההלכה בדבר העדר הצורך לברר את גובה הנזק נקבעה בהקשר של בקשות לאישור תובענות ייצוגיות (רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פס' 64 לפסק הדין של השופט דנציגר (אר"ש 9.12.2015)), אשר דומות לתביעות נגזרות (על הדמיון בין ההליכים ראו, למשל, עניין נשר (2017), לעיל ה"ש 87, בפס' 17), ועל כן היא יפה, מקל וחומר, גם לשלב של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, שהוא כאמור שלב "מקדמי-שבמקדמיים" (בלשונו של בית המשפט המחוזי בעניין אלמדקו, לעיל ה"ש 92, בפס' 35.1).

96 לקביעה דומה בהקשר של תובענות ייצוגיות ראו רע"א 3489/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פ"ד סו(1) 633 (2013). ראו גם יחיאל בהט חברות: החוק החורש והדין כרך ב 765 (מהדורה שלוש-עשרה, 2015): "לבעל מניות המבקש להגיש תביעה נגזרת אין נגישות לרוב למידע הרלבנטי על מנת לגבש את כתב התביעה."

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

דחייתה.⁹⁷ יפים לענייננו דבריו של בית המשפט העליון על חשיבותן של בקשות גילוי מסמכים על פי סעיף 198א לחוק החברות:

"הל"ך גילוי המסמכים הוא אחד מהכלים החשובים בדין האזרחי. הוא נועד לכך שהצדדים ישחקו ב'קלפים פתוחים' וזאת מתוך חתירה לחשיפת האמת... במקרים רבים הל"ך גילוי המסמכים נועד לגשר על פערי המידע הקיימים בין התובע לבין הנתבע. **פערי מידע אלה בולטים במיוחד במקרה של תביעות נגזרות, בשים לב לכך שמדובר בבעל מניות המבקש לנהל תביעה בגין עילת תביעה של החברה. המבקש מצוי באופן טבעי בעמדה נחותה לעומת החברה מבחינת הנגישות למידע הנחוץ כדי לבסס את התשתית העובדתית שביסוד הבקשה לאישור...**"⁹⁸

כאמור, הקביעות בהלכה הפסוקה המדגישות את חשיבותן של כלי גילוי המסמכים בהל"ך אזרחי יפות שבעתיים לתביעות נגזרות, שבהן פערי המידע המוכנים עלולים להקשות ולהכשיל תביעות הראויות להתברר.⁹⁹

עד כה התייחסנו להגשת בקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק החברות הן לפני הגשת בקשה לאישור תביעה כנגזרת והן לאחריה. אולם, מכיוון שכיום אין חולק שגילוי מסמכים **לאחר** בקשת אישור הוא כלי אינטגרלי במסגרת בירור בקשת האישור, נתמקד בחידוש שבסעיף 198א לחוק החברות – האפשרות להגיש בקשת גילוי מסמכים לפני הגשת בקשת אישור.

בשלב מוקדם זה היתרון המרכזי העומד בבסיס הגשתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת הוא היעילות שבקידום הדיון המשפטי והגינותו. במסגרת תביעות נגזרות רבות נתבעים סכומים גבוהים. העלויות שהצדדים יהיו מוכנים להשקיע בהל"ך מושפעות מגובה ההטבה שהם שואפים להשיג במסגרת ההל"ך המשפטי: מצד אחד, **התובע הנגזר** יהיה מוכן להשקיע משאבים ניכרים כאשר הוא רואה לנגד עיניו תביעה נגזרת עתידית שעשויה להניב לו גמול נאה; מצד אחר, **החברה** רואה לנגד עיניה את החשיבות בדחיית התביעה הנגזרת ובהסרת עננה גדולה ומשמעותית שמרחפת מעליה (בדמות כשל אפשרי בממשל התאגידי של החברה) ואשר עלולה לפגוע במוניטין שלה, של מנהליה ושל בעלי השליטה המכוונים את פעילותה.

97 לקביעה דומה בהקשר של תובענות ייצוגיות ראו ע"א 5378/11 **פרנק נ' אולסיל**, פס' 5 לפסק הדין של השופטת חיות (אר"ש 22.9.2014).

98 עניין **ר'בקה טכנולוגיות**, לעיל ה"ש 42, בפס' 16 (ההדגשה הוספה).

99 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק החברות (תיקון מס' 12) (ייעול הממשל התאגידי), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 566, 574: "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 לבעל מניות להגיש תביעות של החברה, לטובת החברה, מוצע להסמך 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."

לנוכח המשאבים הניכרים שהצדדים להליך מוכנים להשקיע, גילוי רחב כבר בתחילת ההליך המשפטי, דהיינו בשלב של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, ישקף לפני הצדדים תמונה ברורה של סיכויי התביעה הנגזרת העתידית. למשל, כבר בשלב מקדמי ייחשפו הצדדים להליך לטענותיו של הצד שכנגד. באופן זה יוכלו הצדדים לכלכל את צעדיהם באופן מושכל ולהעריך את סיכוייהם ה"אמיתיים" באופן מבוסס יותר. שקיפות זו תקדם התנהלות יעילה וצודקת, ואמורה לצמצם במידה רבה הגשת תביעות חסרות תוחלת, ולעודד במקרים המתאימים הסדרי פשרה, אשר ייתרו בירור בקשה עתידית לאישור תביעה כנגזרת¹⁰⁰ ואולי אף הכרעה בבקשת גילוי המסמכים עצמה.¹⁰¹

מכל מקום, גם אם הצדדים לא יגיעו לעמק השווה, ובקשת גילוי המסמכים המוקדמת תגיע להכרעה שיפוטית, יהיו בהכרעה זו, תהא אשר תהא, יתרונות משמעותיים הן לתובע הנגזר והן לחברה. **אם בקשת גילוי המסמכים המוקדמת תתקבל, יקבל המבקש מידע אשר יסייע לו להחליט אם יש מקום להגיש את התביעה הנגזרת.**¹⁰² **אם המבקש יבחר להגיש את התביעה הנגזרת, ישמש המידע לחיזוקה של בקשת האישור, ולרוב היא תהיה מבוססת לאין ערוך מבקשת אישור שהוגשה ללא בקשת גילוי מסמכים מוקדמת.**¹⁰³ **אם המבקש יחליט לא להגיש את התביעה הנגזרת לנוכח המידע שנמסר לו, יהיה בכך משום חסכון משאבים משמעותי לכל הצדדים.**¹⁰⁴

100 אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" **משפט ועסקים** ז 75, 95–100 (2007); שוורץ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 319.

101 ראו, למשל, את הפשרה שהוגשה במסגרת בקשת גילוי מסמכים שנדונה לפני הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת בתנ"ג (כלכלית ת"א) 17542-11-15 **הרפז נ' בנק הפועלים בע"מ** (נבו 14.11.2016).

102 ראו עניין **אינטרקולוני** (2014), לעיל ה"ש 34, בפס' 64 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור; צפורה כהן ולאח פסרמן-יוזפוב "פירוק, הבראה, הסדר נושים – חשיפה של נושאי משרה לאחריות במסלולים שונים" **ספר גרוס: מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסי גרוס** 291, 335 (אהרן ברק, יצחק זמיר ודוד ליבאי עורכים 2015).

103 תנ"ג (כלכלית ת"א) 37867-03-15 **אמיד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פס' 53–59 (נבו 27.11.2016).

104 משאבים אלו כוללים, בין היתר, שעות עבודה רבות המושקעות בהכנת תביעה נגזרת ובקשה לאישור. חיסכון נוסף הוא בצורך לממן חוות דעת מומחה לתמיכה בטענותיו של התובע הנגזר. במקרים של תחרות בין **בקשות אישור**, חוות דעת מומחה עשויה לגרום להעדפת בקשת האישור הרלוונטית על האחרות, ועל כן תובעים נגזרים ישאפו לצרף חוות דעת מטעמם כבר בבקשת האישור (ת"צ (כלכלית ת"א) 28811-02-16 **דמחי נ' מנקיינד קורפוריישן**, פס' 45–53 (נבו 13.11.2016); תנ"ג (כלכלית ת"א) 19057-07-16 **כימיקלים לישראל בע"מ נ' ברק** (נבו 6.12.2016)).

באשר לתחרות בין **בקשות גילוי מסמכים מוקדמות**, הדעות בשאלת ההכרעה בתחרות זו חלוקות. גישה אחת גורסת כי צירוף חוות דעת מומחה בשלב כה מקדמי אינו מהווה גורם בעל משקל בהכרעה בין שתי בקשות. ראו, לדוגמה, תנ"ג (כלכלית ת"א) 41104-07-17 **סיני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פס' 33 (נבו 15.4.2018); תנ"ג (כלכלית ת"א) 37659-12-18 **סטרוגנו נ' שניידר**, פס' 57 (נבו 29.12.2019); תנ"ג (כלכלית ת"א) 27487-03-18 **בנתאי נ' אקסטל לימיטד**, פס'

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

באופן דומה, אם בקשת גילוי המסמכים המוקדמת מתקבלת, גם החברה תצא נשכרת, שכן אם תוגש בקשה לאישור תביעה כנגזרת, תתמודד החברה עם בקשת אישור בשלה ומבוססת. כך, לאחר שהמבקש קיבל לידיו מידע ומסמכים, פוחת הסיכון שבית המשפט יאשר לתובע הנגזר לתקן את בקשתו לנוכח מידע שלא היה גלוי לפניו.¹⁰⁵ צמצום המקרים שבהם ניתן לתקן בקשה לאישור יחסוך לחברה, לכל הפחות, את העלויות הכרוכות בהגשת תשובות וחוות דעת מומחה מתוקנות במידת הצורך.¹⁰⁶

גם אם בקשת גילוי המסמכים המוקדמת תידחה, בשל העדר תשתית ראייתית ראשונית לביסוס העילה, תהיה בכך תועלת לכל הצדדים להליך. המבקש ידע כי אין תוחלת לתביעה נגזרת בגין העילה שעליה ביקש לבסס את בקשתו, ובכך תיחסך ממנו השקעת משאבים להכנת בקשת אישור.¹⁰⁷ יתר על כן, לנוכח העובדה שהליך בירורה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת קצר יותר ומעמיק פחות מהליך בירורה של תביעה נגזרת, גם סכום ההוצאות שבו הוא יחויב בגין דחייתה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת יהיה נמוך במידה משמעותית מסכום ההוצאות שהיה מושג עליו אילו הגיש בקשת אישור שהייתה נדחית.

23 (נבו 30.12.2019). לעומת זאת, גישה אחרת סוברת כי אפשר שיש לתת לכך משקל. ראו תנ"ג (כלכלית ת"א) 7341-10-18 פרוטרום תעשיות בע"מ נ' דקל, פס' 10 (נבו 28.1.2019).

אנו סבורים כי צירוף חוות דעת מומחה לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת סותר את תכלית ההליך. ראשית, מדובר בתוספת אשר מייקרת ומסרבלת הליך שנוצר כהליך מקדמי ואמור להיות פשוט ותכליתי. שנית, יש בצירוף חוות דעת מומחה משום אירוניה, שכן אם יש בידי המבקש די מידע לגבש חוות דעת מומחה, אפשר לטעון כי מקל וחומר יש בידי די מידע לגיבוש בקשת אישור נאותה. בנסיבות אלו נשמטת ההצדקה לעצם הגשת ההליך.

105 לשם השוואה, גם לאחר אישור בקשה לאישור תביעה כנגזרת אישר בית המשפט בקשות לתקון כתב התביעה – הן בדרך של הוספת עובדות חדשות שהתגלו במסגרת בירורה של בקשת האישור לצורך תמיכה בעילות קיימות (רע"א 3130/17 לבייב נ' כהן (אר"ש 11.12.2017)) והן בדרך של הוספת עילות חדשות במקרה שבו החברה או המשיבים, לאחר שהתביעה אושרה כתביעה נגזרת, טענו טענות חדשות שלא נטענו בשלב בקשת האישור (תנ"ג (מחוזי מר') 10466-09-12 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (נבו 18.5.2016)); בקשת רשות ערעור על החלטתו זו של בית המשפט המחוזי נמחקה (רע"א 4928/16 דנקר נ' אוסטרובסקי (אר"ש 7.2.2018)). לפירוט הסיטואציות האפשריות ולהתייחסות אליהן ראו רע"א 4665/18 טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' לנואל, פס' 13 (אר"ש 27.1.2019).

106 יש מלומדים שביקרו את התכלית של ייעול ההליך וקידומו, וראו בכך מטרה משנית בלבד להליכי קדם-משפט המכונים pre-action protocols. להרחבה ראו עידו באום ואסף טבקה "פעולות מקדמיות לפני הגשת תובענה: מה, למה ואיך" משפטים על אתר 5, 20–30 (2015). לעמדתנו, גישה זו אינה רצויה, במיוחד בהליכים שבהם יש פערי כוחות ופערי מידע משמעותיים בין הצדדים, כתביעות נגזרות ותובענות ייצוגיות. במקרים אלו החששות מפני השקעת עלויות כבר בתחילת ההליך ועיכוב הגישה לערכאות מיטיבים למעשה עם הצד החזק, דבר שהמחוקק ביקש לאזן באמצעות ההליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת.

107 זאת, באופן דומה למצב שבו היה התובע נמצא אילו התקבלה בקשת גילוי המסמכים המוקדמת ובעקבות קבלת המסמכים הוא היה מגיע למסקנה כי אין ביכולתו לבסס עילת תביעה ראויה.

מטבע הדברים ברור כי גם החברה תיהנה במצב זה מחיסכון משמעותי בעלויות, שכן במקום לנהל הליך תביעה נגזרת ארוך, יקר ומתיש, תנהל החברה הליך מהיר וחסכוני אשר יבהיר לה, לנושאי המשרה בה ולבעלי מניותיה כי אין תשתית ראייתית התומכת בטענות המפורטות בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת ובבקשת אישור שתתבסס על אותן טענות. יתר על כן, דחייה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת מהווה, בהעדר ראיות נוספות, עילה לסילוק על הסף של בקשות דומות שמתבססות על אותן טענות.¹⁰⁸ על כן דחייה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת תסייע לחברה, בהליך מהיר וחסכוני יחסית, לצמצם חשיפה בהליכים נוספים בגין אותה עילה, בהעדר שינוי נסיבות מהותי.¹⁰⁹

לבסוף, הכבדה על מגישי בקשת גילוי מסמכים מוקדמת עלולה לעורר תובעים להגיש תביעות נגזרות בוסריות וחסרות. תביעות אלו משיתות עלויות מיותרות על המערכת השיפוטית ועל הצדדים להליך, לרבות החברה הנתבעת. לעומת בירור של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, שהוא הליך מהיר, זול, קצר וממוקד, בירור בקשה לאישור תביעה כנגזרת הוא הליך איטי, מורכב ויקר, אשר עלול להתברר כלא יעיל ולהיגרר לבקשות לתיקון בקשת האישור, אשר יאתחלו כל פעם את ההליך. יש שיטענו כי בירור של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת עלול להתארך, ואינו הליך מהיר וזול בהכרח. לעמדתנו, שומה על בתי המשפט לשמור על אופיו של ההליך כהליך מקדמי שבמקדמיות, ואף "טרום-משפטי".¹¹⁰ כזוה, על ההליך לתחום את המחלוקות ואת הטענות העולות בו,¹¹¹ ולהתמקד במטרתו. אם ההליך מחייב תשומות ומתארך בשל מורכבות הטענות, הוא עלול להחמיץ את מטרתו. במקרה כזה, ככל שיש ממש בטענות המבקש, בית המשפט רשאי להמליץ לצדדים למחוק את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת ולהגיש בקשה לאישור תביעה כנגזרת.¹¹²

לסיכום, קיימים יתרונות ברורים במכשיר גילוי המסמכים המוקדם, וקיימים טעמים רבים לעידוד הגשת בקשות מעין אלה. אולם, מטבע הדברים, על בתי המשפט להביא בחשבון גם את חסרונותיו של הליך זה, כפי שיפורט להלן.

3. חסרונותיה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת

בקשת גילוי מסמכים, במיוחד לפני הגשת בקשת אישור, היא מכשיר רב עוצמה, ובשל כך קיימים חששות באשר לשימוש לא ראוי בה על ידי המבקש – התובע הנגזר. כך,

108 עניין נשר (2017), לעיל ה"ש 87, בפס' 22–23.

109 השווה שרון חנס ויששכר (איסי) רוזן-צבי "תביעה ביוזמת הנתבע" עיוני משפט מ 173, 235–237 (2017).

110 תנ"ג (כלכלית חי') 44166-09-19 גנוסר נ' חברת חשמל בע"מ, פס' 36 (נבו 30.9.2021).

111 רע"א 804/20 גן שמואל מזון בע"מ נ' ק.ר.ג.א בע"מ, פס' 29 (אר"ש 5.5.2020) (להלן: עניין קרנא (2020)).

112 כך נהג לכאורה בית המשפט הנכבד בעניין אחר (שבו בסופו של יום נדחתה הבקשה לאישור תביעה נגזרת) – תנ"ג (כלכלית ת"א) 57806-05-19 חזקי נ' חגי'ג', פס' 7 (נבו 16.12.2021).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

בקשת גילוי מסמכים מוקדמת עלולה לשמש כלי לסחיטת החברה על ידי התובע הנגזר ולחידרה לפרטיות עסקיה. זאת ועוד, בקשות מידע עלולות לשמש כלי להגשת תביעות סרק נגד נושאי המשרה ובעלי השליטה בחברה, שיובילו לפגיעה במוסד התביעה הנגזרת.¹¹³

חשש נוסף במישור החברתי-הכללי הוא מפני הצפת המערכת השיפוטית בהליכי סרק, אשר יכרסמו ביעילותה של המערכת השיפוטית ויביאו לידי השחתת משאבים שיפוטיים יקרים. חשש ייחודי נוסף הוא מפני שימוש ציני בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת חפוזה ומרושלת כאמצעי של המבקש "לתקוע יתד" בעילת התביעה הנטענת ולחסום בקשות גילוי מסמכים מוקדמות או בקשות אישור מתחרות מאוחרות בגין אותה עילה. בהתאם להלכה הנוהגת כיום, בקשת גילוי המסמכים המוקדמת שהוגשה ראשונה תקבל ככלל עדיפות על בקשת גילוי מסמכים מוקדמת שהוגשה לאחריה, והיא זו שתידון ותתברר לפני בית המשפט. מתן בכורה לבקשה הראשונה בהליך אשר עשוי להניב לעורך הדין המטפל שכר טרחה גבוה עלול ליצור "מרוץ" להגשת בקשות גילוי מסמכים מוקדמות חלקיות ובוסריות במטרה "לתפוס מקום בתור".¹¹⁴ התנהלות זו עלולה לפגוע הן בהגינות הדיון והן ביעילותו.

הפגיעה בהגינות מתבטאת בניסיון חסר תום לב לחסום בקשות גילוי מסמכים מוקדמות אשר ייתכן שיהיו איכותיות ובשלות מהבקשה שהוגשה ראשונה. הפסיקה קובעת כי יש להניא מבקשים מלנסות להגיע לבית המשפט "מוקדם ככל האפשר" באמצעות הגשת בקשות גילוי מסמכים מוקדמות שטחיות ולא מבוססות רק כדי להיות "ראשונים בתור". לכן, אם ייתקל בית המשפט בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת שהיא ראשונה מבחינה כרונולוגית אך לוקה בחסר מבחינת היסודיות, העומק והרצינות שלה, הוא לא ייתן לה עדיפות על בקשות גילוי מסמכים מוקדמות מבוססות יותר שהוגשו אחריה.¹¹⁵ עם זאת, כדי לבכר את המאוחרת על המוקדמת, הפסיקה דורשת **שיפור משמעותי** בבקשת האישור (או בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת) המאוחרת בהשוואה לבקשת האישור (או לבקשת גילוי המסמכים המוקדמת) שקדמה לה, וכלשון בית המשפט העליון:

"במקרה בו אכן יש בבקשה המאוחרת תרומה ייחודית כגון נדבך משמעותי נוסף – העדפתה עשויה להתיישב עם טובת החברה. הראשון בזמן תופס מקום בתור, אך התפיסה איננה חלוטה. מבקש ראשון יכול לאבד את מקומו אם גורם מאוחר

113 עניין נשר (2015), לעיל ה"ש 90, בפס' 5.

114 ע"א 5967/15 לייטקום (ישראל) בע"מ נ' "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פס' 11–11 (אר"ש 12.1.2016); רע"א 4778/12 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' נאור, פס' 7 (אר"ש 19.7.2012); רע"א 4253/14 חלפון נ' שמן משאבי גז ונפט בע"מ, פס' 9–10 (אר"ש 29.12.2014).

115 עניין סטרונגו, לעיל ה"ש 104, בפס' 42; תנ"ג (כלכלית ת"א) 37867-03-15 אמיד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פס' 21–22 (נבו 25.6.2015); ת"צ (כלכלית ת"א) 52248-02-18 ורדינקוב נ' חורב (נבו 29.7.2018).

יותר הגיש בקשה המוסיפה נדבך משמעותי נוסף, על פי שיקול דעתו של בית המשפט.¹¹⁶

הפגיעה בהגינות מתבטאת אם כן בחוסר הגינות כלפי יתר המבקשים הפוטנציאליים, אשר ייתכן שמעוניינים להגיש בקשת אישור או בקשת גילוי מסמכים מוקדמת ראויה אך חוששים מפני בקשת גילוי מסמכים מוקדמת חפוזה ורשלנית שהוגשה ראשונה, העלולה לגבור על בקשתם, אשר הוכנה בקפידה ותוגש – בשל הכנתה היסודית – לאחר הבקשה המרושלת.

הפגיעה ביעילות מתבטאת בפגיעה הן במבקש עצמו, הן ביתר בעלי המניות של החברה, הן בחברה והן במערכת השיפוטית. בקשת אישור או בקשת גילוי מסמכים מוקדמת שאינן בשלות, המוגשות במטרה לחסום בקשות אחרות מתחרות, עלולות להידחות בשל חוסר יסודיות וחיפזון, חרף העובדה שהעילה בבסיסן הייתה עשויה לזפות את החברה בסעדים אילו הוכנה בקשה במתינות וביסודיות כראוי.¹¹⁷ ירידה לטמיון של זכויות החברה מסיבה נזק ישיר לחברה ונזק משני לבעלי מניותיה. יתר על כן, המבקש יבקש (או ידרש) לתקן את הבקשה החפוזה שהגיש, לעיתים לאחר הגשת תשובת החברה. תיקון הבקשה שהוגשה בחופזה מזמין הגשת תשובות מתוקנות כדי שזכותו של בעל הדין שכנגד לא תיפגע.¹¹⁸ כך מבקש רשלין מסרבל את ההליך המשפטי ומסיגו לאחר, מעמיס עלויות על החברה (ובעלי מניותיה), ופוגע במערכת השיפוטית בשל בזבוז זמן שיפוטי על בקשות שנוולדו בחטא וכעת נדרש לתקן.¹¹⁹ חששות אלו מ"בקשות" אינסטנט¹²⁰ נבוכות,¹²¹ אשר מגישהן מקווים למלא בהן תוכן במהלך ניהולן בבית המשפט, אינם חששות בעלמא, אלא חששות המבוססים על

116 עניין **טלמור**, לעיל ה"ש 77, בפס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל (ההדגשה הוספה).

117 גם בארצות הברית השאלה אם ראוי שבקשת אישור שנדחתה תקים מחסום, באמצעות דוקטרינת מעשה בידין, בפני בעלי מניות אחרים המעוניינים להגיש תביעות נגזרות מעסיקה את בתי המשפט והמלומדים. סוגיה זו רחבה, ואי אפשר למצותה במסגרת המאמר הנוכחי. עם זאת, די אם נציין כי בהתאם לחלק מפסקי הדין, על מנת שלא יחולו מניעות והשתק מכוח מעשה בידין, יש להוכיח כי המבקש לא ייצג בצורה נאותה במסגרת הבקשה שנדחתה. South v. Baker, C.A. No. 7294-VCL, 2012 WL 4372538 (Del. Ch. Sept. 25, 2012). הדין לגישה זו ניתן למצוא גם בעניין **ש.א.מ.ג.ר.**, לעיל ה"ש 75, בפס' נ לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

118 בהתאם לתק' 47 לתקנות החדשות, הצד שכנגד נדרש לאישור בית המשפט על מנת לתקן את כתב טענותיו, ובהחלטה יפרש בית המשפט את התנאים לכך. לעומת זאת, בדין הקודם, מכוח תק' 94 לתקנות הישנות, במקרה שבו הותר לבעל דין לתקן את כתבי טענותיו, היה הצד שכנגד יכול לתקן את כתב טענותיו ללא נטילת רשות.

119 שיקולים דומים נשקלים לגבי הוספת טענות וראיות בתגובה על תשובה לבקשת אישור תובענה כייצוגית. ראו את ההלכה בעניין **נאור**, לעיל ה"ש 114, בפס' 6, ואת יישומה בעניין **אמיד**, לעיל ה"ש 103, בפס' 44–45.

120 עניין **נאור**, לעיל ה"ש 114, בפס' 7.

121 רע"א 8562/06 **פופיק נ' פוזגו 1993 בע"מ**, פס' 8 (אר"ש 15.4.2007).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

נסיון העבר.¹²² ודוק, אין ערובה לכך שבקשה לתיקון בקשת גילוי מסמכים מוקדמת או לתיקון בקשת אישור תתקבל. לעיתים הפגמים שנפלו בהתנהלות המבקש או בבקשה הם שורשיים ויסודיים עד כדי כך שבתי המשפט אינם נעתרים לבקשת התיקון, באופן שמתיר את המבקש ובעלי המניות בפני שוקת שבורה. בקשה פגומה וחסרה פוגעת בסיכויים של החברה הנתבעת, ובעקיפין של בעלי מניותיה, לזכות בשיפוי בגין נזקי החברה.¹²³

יש אולי שיטענו כי הפריחה בשדה התביעות הנגזרות יכולה לתת מענה מסוים לבקשות אישור ובקשות גילוי מסמכים מוקדמות נבוכות המוגשות בחופזה וברשלנות, שכן בית המשפט רשאי לבחור בבקשה הרצינית והיסודית שתוגש, גם אם תוגש לאחר הבקשה המרושלת. אולם לעניות דעתנו אין מדובר במענה של ממש, בין היתר מכיוון שכדי לתת עדיפות לבקשה מאוחרת על בקשה מוקדמת, יש צורך בנדבך משמעותי נוסף. בשלב התחרות בין הבקשות טרם הוגשה תשובה מטעם החברה, טרם התקיים דיון וטרם נשמעו ראיות. יתר על כן, בהתאם להלכה הפסוקה, בית המשפט אינו נדרש להעמיק חקר בבקשות בשלב המקדמי שבו הן מצויות.¹²⁴ במצב דברים זה יש קושי רב בגיבוש החלטה מושכלת מהי הבקשה הראויה מבין אלה שהוגשו.

יתר על כן, גם אם נניח שבית המשפט יעמיק חקר בסוגיה זו, הדרישה המוגברת שהפסיקה החילה בדבר הוספת נדבך משמעותי נוסף גורמת לכך שבמקרים גבוליים – אשר יכולים לעיתים לדון לחסד או לשבט את ההליך כולו – יבחר בית המשפט בבקשה המוקדמת חרף פגמיה. למעשה, הפסיקה נקטה פרשנות מחמירה ומצמצמת בכל הקשור

122 ראו, לדוגמה, עניין **חלפון**, לעיל ה"ש 114, שבו הגיש המבקש בקשת אישור ימים ספורים לאחר דיווחים לבורסה שהטעו לטענתו את המשיקעים. המבקש נאלץ להגיש שלוש (!) בקשות תיקון. מכיוון שבתגובתו על תשובת המשיבים הוא טען טענות חדשות, שלא נטענו בבקשת האישור המתקנת, התיר בית המשפט למשיבים להשיב גם על תגובתו, באופן שסרבל את ההליך.

123 למקרים בתובענות ייצוגיות שבהם נדחו באופן דומה בקשות לתיקון בקשות האישור עקב הגשתן באופן חפז וללא תשתית ראויה ראו, לדוגמה, עניין **חלפון**, שם; תע"א (אזורי ת"א) 9964-09 **בוזין** – **מודיעין אזרחי בע"מ** (נבו 27.12.2012); ת"צ (כלכלית ת"א) 36687-01-14 **לייטקום (ישראל) בע"מ נ' רוניק פז נבו ר.פ.נ. נאמנויות 2007 בע"מ** (נבו 24.11.2014); ת"צ (מחוזי חי') 35942-08-15 **ג'בור נ' מוגה קמעונאות בע"מ** (נבו 24.12.2015); ת"צ (כלכלית ת"א) 12743-05-15 **שוחט נ' בבילון בע"מ – החברה** (נבו 19.6.2016). במקרה אחד הוגשה בקשת האישור באופן רשלני עד כדי כך שהיא נדחתה ללא בחינת טענותיה לגופן. ת"צ (מחוזי ת"א) 55296-12-11 **רוטמן נ' פלאפון תקשורת בע"מ**, פס' 12–11 (נבו 6.2.2013). ערעור על פסק הדין נמחק בהסכמת הצדדים. ע"א 2408/13 **רוטמן נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (אר"ש 1.7.2013). באופן דומה, גם בת"צ (כלכלית ת"א) 63128-10-18 **פלטור נ' קרן הגשמה בע"מ** (נבו 8.4.2019). נדחתה בקשה לתיקון הבקשה לאישור. במסגרת החלטה זו המליץ בית המשפט למחוק את בקשת האישור ללא דיון לגוף הטענות בה, עקב הפגמים הרבים שנפלו בה ובניהול ההליך. המבקשת שעתה להמלצה זו והגישה בקשה למחיקת בקשת האישור, שהתקבלה.

124 ראו, לדוגמה, ת"צ (מחוזי חי') 23311-05-21 **שור נ' אירוקה אינטרנשיונל בע"מ**, פס' יד (נבו 25.8.2021); ת"צ (מחוזי מר') 17712-09-10 **דבח נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פס' 8 (נבו 17.7.2011).

לטיבו של אותו נדבך משמעותי נוסף. כך, למשל, גם אם הבקשה המאוחרת כוללת עילות שלא נכללו בבקשה המוקדמת, ככל ששתיהן מתבססות על אותה תשתית עובדתית, תועדף הבקשה המוקדמת על המאוחרת.¹²⁵ במצב דברים זה איננו סבורים כי המצב כיום מניח את הדעת ומפיג את החשש מפני בחירה בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות חרף פגמיהן.

4. מעמד המבקש ובעיית הנציג בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת

עמדנו לעיל על כך שניתן לראות בתובע הנגזר מעין נושא משרה, אשר חב ככזה בחובות זהירות ואמונים כלפי החברה. עוד עמדנו על כך שלתובע הנגזר יש בעיות נציג. לנוכח אלה יש לתהות מהו מעמדו של מגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת ואם גם הוא נתון בבעיית נציג, ואם כן, מהן בעיות הנציג שיש להישמר מפניהן בהקשרו. לא נכחד – זהו שדה לא חרוש שטרם נדון בפסיקה או בספרות. אולם אנו מבקשים להתוות צעדים ראשונים בניתוח האנליטי של הסוגיה ובאפיון ההבדלים שבין המבקש לבין התובע הנגזר.

שני ההליכים שונים במהותם. מגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת מבקש לקבל לידיו מסמכים בלבד. מטרתו היא להשיג מידע שיסייע לו לבחון אם קיימת עילה לחברה. בכוחה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת למנוע בקשות אישור מיותרות וחסרות תוחלת ולבסס בקשות אישור בעלות עילה ממשית. היא אמורה לייעל את ההליך השיפוטי ולהגן מפני בקשות אישור בוסריות שעלולות להזיק לחברה ולבעלי מניותיה. הסעד בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת מוגבל לגילוי מסמכים המצויים בידי החברה ולעיון בהם.

לעומת זאת, בתביעה נגזרת מתבקש סעד של ניצול עילת התביעה של החברה לטובת החברה. הסעד המתבקש מופנה לרוב נגד נושאי המשרה ובעלי השליטה, והוא סעד אופרטיבי (כספי, עשה, לא תעשה, מתן חשבונות וכדומה). במובן זה, נוקט ההליך מבקש להתמנות למעין "נושא משרה" מטעם החברה שאחראי לניצול כוח תביעתה לטובתה. במובן מסוים אף ניתן לסווג את אירוע התביעה הנגזרת כמעין מאבק שליטה בזכות התביעה של החברה בין התובע הנגזר לבין אלה שמחזיקים במושכות החברה.

הנה כי כן, בניגוד לתובע הנגזר, מגיש הבקשה המוקדמת לגילוי מסמכים אינו מבקש להתמנות – ואף אינו מתמנה – לנושא משרה (או למעין נושא משרה) בחברה, ואינו מבקש להחזיק בכוח שמקנה לו "שליטה" (מוגבלת ככל שתהיה). בשלב זה אין ודאות שהוא אכן יממש את אפשרותו להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת.¹²⁶ במובן זה, מגיש הבקשה המוקדמת לגילוי מסמכים הוא ככל בעל דין שמקבל לידיו מידע במסגרת הליך

125 תנ"ג (כלכלית ת"א) 48097-07-17 טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' קארי, פס' 27 (תקדין 18.3.2018).

126 אף שהניסיון מוכיח כי גם בקשות גילוי מסמכים מוקדמות שנדחות אינן מרתיעות לעיתים מבקשים מלהגיש בקשות לאישור תביעות נגזרות. ראו, למשל, עניין נשר (2017), לעיל ה"ש 87.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

אזרחי.¹²⁷ בעל הדין שכנגד יכול לבקש צו שיורה על שמירת סודיותו של המידע או שיגביל את השימוש בו רק למסגרת ההליך הנוכחי.¹²⁸ יש שיטענו כי אין הבדל בין חובת הסודיות של המבקש לבין חובת הסודיות של נושא המשרה, ולא היא. בעוד נושא משרה מחויב לשמור את המידע בסוד מפאת טובת החברה, ובעל שליטה חב בחובת הגינות שמחייבת אותו לשקול גם את טובת החברה במסגרת פעילותו,¹²⁹ המבקש אינו מחויב בכך באופן אינהרנטי. סעיפים 184–187 לחוק החברות, המסדירים את זכותו של בעל מניה לקבלת מידע ולעיון בו, אינם מטילים עליו חובת סודיות.

ודוק, איננו סבורים כי המישור של חובת הסודיות ביחס לפוזיציית המבקש בחברה ממצה את חובות המבקש כלפי החברה. כך, למשל, ניתן לדעתנו להקיש לענייננו מההסדר הנוגע באיסור השימוש במידע פנים. בחברה ציבורית קבלת המידע עשויה להפוך את המבקש ל"איש פנים", כהגדרתו בסעיף 52א לחוק ניירות ערך, הואיל והמידע נמסר לו מכוח "מעמדו או תפקידו בחברה או קשריו עמה". רכיבים אלו בהגדרת "איש פנים" יכולים לשאת משמעות לשונית של מתן מסמכים אגב הליך משפטי, כאשר המידע, מטבע הדברים, אינו גלוי לצדדים שלישיים.

לפיכך המבקש אינו נושא בחובות אמון וזהירות של נושא משרה או בחובות הגינות של בעל שליטה, אך חב באיסור שימוש במידע הפנים שקיבל בעקבות בקשתו, כהגדרתו בסעיפים 52ג ו-52ד לחוק ניירות ערך. איסור זה גורר אחריו גם חובה במישורין של איש הפנים כלפי החברה, שכן הפרתו מקימה עילת תביעה לטובת החברה להשבת הרווח שנוצר מהשימוש האסור.¹³⁰ זכות זו טומנת בחובה הנחה שעסקינן באמונאי שמעל

127 בהליכים לפי חוק חופש המידע, המבקש יכול לעשות בו שימוש לצרכים שאינם מוגבלים להליך, כגון מחאה אזרחית ופעולה בערוצים דמוקרטיים כדי לשנות את מה שראוי לדעתו לשנות, ואף שימוש לצרכיו הפרטיים, כגון הליכים פליליים, מנהליים ואזרחיים.

128 היו שטענו כי יש איסור מכללא להשתמש במידע שהתקבל בהליך לצרכים אחרים, וזאת מכוח ההלכה שנקבעה בע"א 632/77 מוסקונה נ' מאור, פ"ד לב(2) 321 (1978) (זמיר וברנאייזן, לעיל ה"ש 67, בפרק 5). ברם, מאז נתן המחוקק את דעתו לנושא. ראו תק' 4(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות, אשר מאפשרת ליתן את המסמכים בבקשת גילוי מסמכים בכפוף להגבלות של סודיות; וס' 23 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, אשר מסמיך את בית המשפט ליתן צווים לחיסיון בנושאים אלו. השאלה אם בחקיקה האמורה יש משום צמצום החובה "מכללא", כך שמקום שלא ניתן צו בעל דין רשאי לעשות שימוש במידע מחוץ לגדרי ההליך, היא שאלה נכבדה. אנו סבורים כי בהעדר צו מפורש אין מניעה לעשות שימוש סביר במידע מחוץ לגדרי ההליך שבו הוא ניתן. לדוגמה ליישום ס' 23 לחוק עוולות מסחריות בהליך אזרחי במסגרת גילוי מסמכים ראו ת"א (מחוזי מר') 11845-08-18 גורטובי נ' בי.אס.די קראון בע"מ, פס' 16 (נבו) 30.11.2021 (אחד המחברים, עו"ד טסלר, מייצג באותו הליך את הנתבעים 15 ו-16). לדוגמה ליישום תק' 4(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות ראו ת"צ (מחוזי חי') 58006-01-20 וולפנר נ' Boiron, פס' כה (נבו) 27.12.2021.

129 ראו דיון נרחב על אודות חובת ההגינות בע"א 7657/17 הנאמן על הסדר הנושים של פויכטונגר תעשיות בע"מ נ' פויכטונגר, פס' 47–60 לפסק הדין של השופטת וילנר (אר"ש 18.6.2020).
130 ס' 52 לחוק ניירות ערך.

בתפקידו וניצל מידע השייך לחברה לטובתו האישית.¹³¹ אנו סבורים כי ניתן בהחלט לגזור מהחובה האזרחית האמורה גזרה שווה גם בכל הנוגע בחברה פרטית לעניין בקשת גילוי מסמכים מוקדמת.

מן האמור עולה כי המבקש אומנם אינו משול לנושא משרה או לבעל שליטה בחברה, אולם אין בכך כדי לגרוע מחובות האמון המוטלות עליו בשל היותו איש פנים או מעין איש פנים, אשר מקבל לידי מידע פנים או למצער מידע סודי, שהוא רכוש החברה ואינו גילוי לצדדים שלישיים. במצב כזה מקבל המידע יכול לעשות בו שימוש לטובת החברה ולטובתה בלבד, או למצער אינו יכול לעשות בו שימוש שיפגע בטובתה. למעשה, בשלב של קבלת המידע, בעיית הנציג של מגיש הבקשה המוקדמת לגילוי מסמכים – דהיינו, הבעיה הנוצרת מכך שמופקדים בידי המבקש נכסים שאינם בבעלותו (בהנחה שהמידע המבוקש אינו גלוי לציבור) – באה לידי ביטוי בעיקר במישורים הבאים:

המישור הראשון דומה לבעיית הנציג של המנהלים, והוא החשש מפני ניצול לרעה של כוח הדרישה שבידי המבקש או של המסמכים שיימסרו לו.

המישור השני הוא החשש מפני זליגת מידע ומסמכים המצויים עתה בידי המבקש לידי צדדים שלישיים, באופן שעלול להזיק לחברה.

המישור השלישי דומה לבעיית נציג כלפי החברה ויתר בעלי מניותיה בניהול רשלני של ההליך. בדומה למגיש בקשה לאישור תביעה כנגזרת, חשש זה יכול לקבל ביטוי בתחילת ההליך, כאשר המבקש מגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת רשלנית. בעיית נציג זו מתבטאת בכך שרצונו של המבקש לזכות בגמול עתידי עלול להניע אותו להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בוסרית כדי לקבל קדימות על מבקשים מתחרים אחרים. בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בוסרית עלולה להיות הרת אסון לחברה ולבעלי מניותיה, שכן דחייתה, בשעה שקיימת לכאורה עילה ממשית, תוריד לטמיון עילת תביעה ראויה, שעשויה להיות לה משמעות כלכלית לא מבוטלת.

לעומת זאת, ובניגוד לבעיית הנציג של מגיש בקשת אישור, איננו סבורים כי בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת יש חשש מפני ניהול רשלני גם במהלך ניהול התביעה, מכיוון שההליך אמור להיות מהיר ויעיל, ובמקרים המתאימים בית המשפט יכול להמליץ על מחיקתה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת והגשת בקשת אישור.

כדי לפתור את בעיית הנציג של מגיש הבקשה המוקדמת לגילוי מסמכים, יש לשים דגש בכך שמטרת ההליך היא מסירת מסמכים למבקש (או מניעתם ממנו), ולא הכרעה בקיומה של עילת תביעה. דהיינו, מתן משקל רב מדי לקיומם של התנאים לפי סעיף 198 לחוק החברות באספקלריה של בעיות הנציג המאפיינות תובע נגזר עלולה להחמיץ את העיקר. התנאים שקבע המחוקק נדרשים לשקף תשובה לשאלה שהיא

131 רע"פ 8472/01 מהרשק נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 442, פס' 16 לפסק הדין של השופט חשין (2004); תנ"ג (כלכלית ת"א) 32489-02-12 אלטמן נ' אורמת תעשיות בע"מ, פס' 53 (נבו 3.10.2013); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בריאור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 656 (מהדורה שלישית 2015).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

נקודת ארכימדס של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, והיא הכרעה אם מה שייטיב עם החברה הוא **מסירת המסמכים** למבקש או שמא דווקא **מניעתם** ממנו.

באשר לחשש מפני הגשת בקשות גילוי מסמכים רשלניות, דיני התחרות בין בקשות, כפי שגובשו ועוצבו על ידי בית המשפט, יכולים לענות על סוגיה זו. הידיעה כי הראשון אינו בהכרח בעל המילה האחרונה תאפשר לאלה שיגישו בקשות גילוי מסמכים מוקדמות איכותיות לקבל עדיפות במקרים המתאימים והנכונים, ותרתייע מפני הגשתן של בקשות גילוי מסמכים מוקדמות חסרות תוחלת.

היוצא מדברינו הוא שההנחה הרווחת כאילו התביעה הנגזרת, וכפועל יוצא מכך **בקשת גילוי המסמכים המוקדמת**, פותרת את בעיית הנציג – שגויה. הליכים אלו ממירים בעיית נציג אחת בבעיית נציג אחרת. תובנה זו אמורה להנחות את בתי המשפט – עליהם לבחון באופן זהיר את הבקשה לאישור התביעה כנגזרת ואת בקשת גילוי המסמכים המוקדמת בראי בעיית הנציג, שמא יבוא שכרם של בעלי מניות המיעוט בחברה בהפסדם, ולבחון את המחלוקות בין הצדדים בראי בעיית הנציג הנכונה.

פרק ה: בתי המשפט בישראל נוקטים גישות שונות והפוכות בנוגע לשימוש בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת

בתי המשפט בישראל קיבלו את השימוש בפלי של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת ברגשות מעורבים. מאז חוקק סעיף 198א לחוק החברות, בשנת 2011, התקבלו (נכון לחודש ינואר 2022) רק 11 בקשות גילוי מסמכים מוקדמות,¹³² ואילו 19 בקשות כאלה נדחו.¹³³ משמע, כ-63% מבקשות גילוי המסמכים המוקדמות נדחות. נתונים אלו

132 רע"א 3487/16 יפעת נ' בנק לאומי לישראל, פס' 16 (אר"ש 6.9.2016); עניין אינטרקולוני (2014), לעיל ה"ש 34; רע"א 8410/14 בנק הפועלים בע"מ נ' הרפז (אר"ש 6.5.2015); עניין ירח עיצובים ושירותי ניהול, לעיל ה"ש 89; עניין ברוך, לעיל ה"ש 62; עניין קרנא (2020), לעיל ה"ש 111; תנ"ג (כלכלית ת"א) 59581-06-18 כהן נ' בנק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (נבו 19.1.2020); תנ"ג (מחוזי נצ') 67071-07-19 חממת הטכניון ליזמות בע"מ נ' חב' בי (צירוד תחליב מעולה) אינטרנשיונל בע"מ (נבו 3.1.2021). יצוין כי בתנ"ג (כלכלית ת"א) 31934-02-14 ברק נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (נבו 8.4.2016), בתנ"ג (כלכלית ת"א) 41255-11-16 טלמור נ' טבע תעשיות פרמצביות בע"מ (נבו 6.4.2020) ובתנ"ג (כלכלית ת"א) 38122-07-19 שח"ם – ארגון השחקנים בישראל נ' אשכולות החברה לזכויות מבצעים של אמני ישראל בע"מ (נבו 25.3.2021) הסתיימו ההליכים בהסדר פשרה או בהסתלקות שאושרו על ידי בית המשפט לאחר שנערכו שינויים משמעותיים בהתנהלות המשיבה, ולפיכך כללנו אותם כבקשות שהתקבלו.

133 רע"א 1360/18 ר'בקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימיקלים לישראל בע"מ (אר"ש 11.10.2018) (אחד המחברים, עו"ד טסלר, ייצג באותו עניין את המבקשת); רע"א 4121/14 טל נ' קו אופ ישראל אגודה שיתופית בע"מ (אר"ש 5.2.2015); רע"א 8185/18 שוחט נ' אאורה השקעות בע"מ (אר"ש 26.2.2019); רע"א 5694/17 בנק הפועלים בע"מ נ' אהרונז (אר"ש 7.8.2017); רע"א 7327/16 ברק

הם תוצאה של שורה של פסקי דין אשר פירשו בצורה מחמירה את הדרישות של סעיף 198א לחוק החברות, והכבידו ידם על מגישי הבקשות בצורה העולה לדעתנו על הנדרש.

אומנם, בהתאם להתפלגות זו, כשני שלישים מבקשות גילוי המסמכים המוקדמות נדחות. ברם, אין לראות במספרים עצמם את חזות הכל, ואין בכך כדי ללמד על אחריות וקוהרנטיות של בתי המשפט ביחסם לבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. למעשה, ניתן להבחין במהלך השנים בריבוי גישות ביחס לסוגיות יסוד בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. ריבוי גישות זה מדגיש את הצורך בניתוח אנליטי, שיערך בפרק זה, לקראת גיבוש גישה קוהרנטית וסדורה בנושא זה.

נ' גזית-גלוב בע"מ (אר"ש 6.12.2016) (להלן: עניין גזית-גלוב (עליון)); עניין נשר (2015), לעיל ה"ש 90; רע"א 5763/17 גיגיני נ' כלכלית ירושלים בע"מ (אר"ש 20.12.2017); רע"א 8798/18 קרן טולפ קפיטל נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (אר"ש 22.5.2019) (להלן: עניין טולפ (עליון)); עניין אלמדקו, לעיל ה"ש 92; ה"פ (כלכלית ת"א) 23126-06-13 מרקעי תקשורת בע"מ נ' גילת רשתות לוויין בע"מ (נבו 28.11.2013); ה"פ (כלכלית ת"א) 16434-04-14 רוטשטיין נ' אינטרנט רימון בע"מ (נבו 23.3.2016); תנ"ג (כלכלית ת"א) 58213-12-17 מלאכי נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (נבו 19.6.2019); עניין בנסון, לעיל ה"ש 4; תנ"ג (מחוזי י-ם) 34877-08-19 אוליר מסחר ותעשיות בע"מ נ' אקויטל בע"מ (נבו 29.7.2021); תנ"ג (מחוזי י-ם) 56709-09-19 שנהב נ' חברת חשמל בע"מ (נבו 5.9.2021); תנ"ג (כלכלית ת"א) 18725-12-18 תמר פטרוליום בע"מ נ' גלייכר (נבו 6.1.2020); עניין גנוסר, לעיל ה"ש 110. בתנ"ג (כלכלית ת"א) 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ (נבו 27.1.2021) ובתנ"ג (כלכלית ת"א) 54323-12-20 אוליר מסחר ותעשיות בע"מ נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (נבו 18.5.2021) התבצעה הסתלקות, אך הנימוקים בפסקי הדין מלמדים כי הבקשה הייתה נדחית ככל הנראה בדיון לגופה.

יצוין כי בשני מקרים נוספים נדחתה בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, אך לא לגופה, אלא משום שבאותה שעה התנהלה חקירה פלילית באותה סוגיה, ובית המשפט ביכר לתת לחקירה להתנהל ללא הפרעה. מקרים אלו לא שוקללו בסטטיסטיקה כבקשות גילוי מסמכים מוקדמות שנדחו. ראו תנ"ג (כלכלית ת"א) 4115-01-16 אירם נ' בי.גי.איי. השקעות (1961) בע"מ (נבו 11.8.2016); תנ"ג (כלכלית ת"א) 58452-07-15 קופת חולים מאוחדת נ' פרקליטות מחוז תל אביב (מיסוי וכלכלה) (נבו 15.6.2016). מקרה נוסף שלא שוקלל בסטטיסטיקה כבקשת גילוי מסמכים מוקדמת שנדחתה או התקבלה הוא מקרה שבו הבקשה מיצתה את עצמה ונמחקה מכיוון שהחברה נקטה את ההליך שהתבקש בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. ראו תנ"ג (כלכלית ת"א) 10488-10-18 עידו נ' פרוטרום תעשיות בע"מ (נבו 9.12.2019). מקרה אחד נוסף שלא שוקלל בסטטיסטיקה כבקשת גילוי מסמכים מוקדמת שנדחתה או התקבלה הוא מקרה שבו הבקשה לגילוי מסמכים מוקדמת נמחקה ותחתיה הוגשה בקשה לאישור תביעה כנגזרת. מקרה זה לא נספר מכיוון שלא ידוע אם באותו מקרה נמסרו למבקש המסמכים שהתבקשו בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. ראו עניין חזקי, לעיל ה"ש 112.

1. הפסיקה בעניין בוקסר ובעניין אהרוני – בקשות גילוי מסמכים מוקדמות הינן בקשות שיוריות, ועדיף לא להגישן

בחינת שורה של פסקי דין שיצאו מתחת ידו של בית המשפט העליון מלמדת כי הערכאה העליונה במערכת המשפט הישראלית אוזחת בגישה שעל פיה בקשות גילוי מסמכים מוקדמות אינן רצויות, ויש לראות בהן מעין "מוצא אחרון".

כך, בפרשת **בוקסר** נדונה בקשת גילוי מסמכים שהוגשה במסגרת הליך לאישור תביעה נגזרת נגד שורה של נתבעים בקשר להסדר נושים בחברת צים שיזמה בעלת השליטה בה החברה לישראל בע"מ. במסגרת בקשת הגילוי התבקשו מסמכים הנוגעים בגיבוש הסדר החוב. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת גילוי המסמכים, ונימק זאת, בין היתר, בכך שהמסמכים המבוקשים אינם רלוונטיים לשלב בקשת האישור, אלא לשלב שלאחר אישורה.

המבקשים הגישו בקשת רשות ערעור על החלטה זו לבית המשפט העליון, וטענו לפגמים שנפלו בהחלטה. המשיבים, לעומתם, טענו כי המבקשים השתהו בהגשתה של בקשת גילוי המסמכים, וכי אם סברו שהמסמכים רלוונטיים לבקשת האישור, היה עליהם להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת עובר לבקשת האישור, ולכן דין בקשתם להידחות. בית המשפט העליון, שנתן את פסק דינו בשנת 2016, דחה את בקשת רשות הערעור, אולם לענייננו חשובה קביעתו, המנוגדת לגישת המשיבים, כי אין באי-הגשתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת עובר להגשת בקשת האישור כדי לחסום בקשת גילוי מסמכים המוגשת במסגרתה של בקשת האישור. יתרה מזו, בית המשפט העליון קבע כי קיים קושי בבחינת בקשת גילוי מסמכים מוקדמת שהוגשה עובר לבקשת האישור, שכן בשלב מקדמי זה קשה לבחון ולהעריך את התשתית הראייתית הראשונה ואת הרלוונטיות של המסמכים להליך עצמו.¹³⁴

בפרשת **אהרוני** הגיש המבקש, בשנת 2016, בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בדרישה לקבל מבנק הפועלים מסמכים בנוגע להיקף חובותיו של איש העסקים אליעזר פישמן (ושל חברות הקשורות אליו). באותו מקרה התבקשו התכתבויות עם רשויות רגולטוריות ומסמכים נוספים הקשורים לחובות עתק של כ-1.5 מיליארד ש"ח שהסיכויים לפרעונן נראו קודרים למדי עקב הליכי חדלות פירעון שאליהם נקלע פישמן. בית המשפט המחוזי קיבל את הבקשה, בקובעו כי מהמסמכים שהוצגו לפניו עולה כי כבר בשנת 2006 נקלע פישמן להפסדים כבדים (בעקבות פרשת הלירה הטורקית), וכי למרות זאת לא נמנע הבנק ממתן אשראי נוסף לפישמן ולא פעל לצמצום הסיכונים הנובעים מהענקת האשראי הנוסף.

הבנק הגיש בקשת רשות ערעור על החלטה זו, ובית המשפט העליון קיבל אותה בפסק דינו משנת 2017. כחלק מהטעמים לקבלתה של בקשת רשות הערעור, שמשמעותה דחייה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, קבע בית המשפט העליון כדלקמן:

134 רע"א 4725/16 בוקסר נ' לנגהולץ (אר"ש 26.10.2016).

"ובשולי הדברים. ביום 12.12.2016 מונה מנהל מיוחד לנכסי החייב... **משמעותו של הדבר שהמשיב אינו ניצב לפני שוקת שבורה**, שכן חזקה על בעל התפקיד בהליך פשיטת הרגל של פישמן ופירוק הקבוצה שיחקור על אודות סיבת חדלות הפירעון של פישמן ושל הקבוצה. בידי הכלים להתחקות אחר הכשל הכלכלי של פישמן ושל הקבוצה וזאת בנוסף לתפקידו לדון בתביעות החוב של הבנק לכשתוגשנה לפניו. או אז, יכול ויעלה בידי המשיב להצטייד בתשתית הראייתית הדרושה.¹³⁵"

דהיינו, ואף שקביעות אלו היו בשולי פסק הדין ולא נאמרו כהלכה מחייבת, אנו סבורים כי יש בכך עדות נוספת לגישתו ולהלך רוחו של בית המשפט העליון באשר לשיירות ההליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, דהיינו, בדבר היותו הליך שיש לנקוט רק כאשר אין מוצא אחר. הנה כי כן, בשתי הלכות אלו קבע בית המשפט העליון, במפורש או במשתמע, כי השימוש בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת אינו רצוי, ויש לעשותו ככלי שיורי בלבד במקרה שבו אפסו הדרכים לקבלת המידע והמסמכים.

2. הגישות השונות בשאלה אם קיימת דרישת פנייה לחברה גם לפני הגשתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת

בפסיקה קיימים חילוקי דעות בשאלה אם קיימת חובת פנייה לחברה גם לפני שמגישים בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לבית המשפט. לפי גישה אחת, הואיל והליך הפנייה המוקדמת הוא מסלול מקביל למסלול של הגשת בקשת גילוי מסמכים מוקדמת,¹³⁶ לא מוטלת על המבקש חובת פנייה מוקדמת לתאגיד, ואין להפעיל את סעיף 197 לחוק החברות גם בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות.¹³⁷ כך, למשל, נגד חברת טבע הוגשו כמה בקשות גילוי מסמכים מוקדמות בעניין מתן שוחד לכאורה וחקירות שהתנהלו בסוגיה זו על ידי משרד המשפטים בארצות הברית. בית המשפט המחוזי, בהכריעו בתחרות בין הבקשות, העדיף את הבקשה הראשונה אף שמגיש הבקשה לא הקדים ופנה תחילה למוסדות החברה. בהתייחסו לכך ביכר בית המשפט המחוזי לא לבחון "דקויות", כלשונו, ונתן את הבכורה לבקשה הראשונה לאחר שלא מצא "פגם משמעותי בדרך הפעולה בה נקט המבקש בבקשה הראשונה".¹³⁸

135 עניין אהרונאי, לעיל ה"ש 133, בפס' 23 (ההדגשות הוספו).

136 עניין סטרונוגו, לעיל ה"ש 104, בפס' 43-46.

137 תנ"ג (כלכלית ת"א) 53957-05-13 לנואל נ' בנק הפועלים בע"מ (נבו 3.2.2014). ראו גם בהט, לעיל ה"ש 96, בעמ' 767.

138 תנ"ג (כלכלית ת"א) 21067-02-17 טלמור נ' עידו, פס' 28 (נבו 2.7.2017).

לפי גישה אחרת, קיימת חובת פנייה מוקדמת לתאגיד, אולם דרישה זו אינה מוחלטת, אלא מהווה שיקול במסגרת בחינת תום ליבו של המבקש.¹³⁹ יש שחלקן על גישה זו וסברו כי תנאי הפנייה המוקדמת לתאגיד ותנאי תום הלב הינם שני תנאים שונים שאינם חופפים.¹⁴⁰

כך או אחרת, בית המשפט העליון הותיר את חובת הפנייה המוקדמת ב"צריך עיון",¹⁴¹ וכך עשה גם בית המשפט המחוזי בהחלטה שנתן בתחילת שנת 2021, כאשר התובע הנגזר נקט פנייה מוקדמת אולם לא המתין עד שחלפה תקופת 45 הימים הקבועה בדין למתן תשובה.¹⁴² הנה כי כן, לעת עתה קיימות כמה גישות שונות באשר לעצם החובה לפנות לחברה לפני שמגישים בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, ואין כיום הכרעה פוזיטיבית מחייבת בסוגיה זו.

3. דרישת תום הלב בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת כטעם לדחייה ללא בחינה של עילת הבקשה

כאמור לעיל, אחד התנאים לבחינה של בקשת גילוי מסמכים הוא תום ליבו של המבקש. עם זאת, יש לבחון איזה משקל ניתן לתום ליבו של המבקש בשלב מקדמי זה, ואם אפשר, נכון וראוי לדחות בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בגין חוסר תום לב בלבד. בסוגיה זו יש שלוש גישות:

1. **גישה מקילה**, שלפיה בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת אין מקום לבחון את תום ליבו של המבקש, בין היתר לנוכח העובדה שההליך הוא "מקדמי-שבמקדמים".¹⁴³
2. **גישת ביניים**, שלפיה בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות יש לבחון את תום ליבו של המבקש, אולם אין לתת לתבחין זה משקל בלעדי, והוא אינו מצדיק, כשלעצמו, את דחייתו. זאת, בין היתר, לנוכח האינטרס הציבורי בבירור טענות המבקש לגופן. דהיינו, קיימת מעין מקבילית כוחות בין תנאי תום הלב לבין יתר התנאים ונסיבות המקרה. כפי שקבע בית המשפט המחוזי:

139 ראו, למשל, תנ"ג (כלכלית ת"א) 16-01-29936 **ברק נ' גזית-גלוב בע"מ**, פס' 45 (נבו 11.8.2016) (להלן: עניין **גזית-גלוב** (מחוזי)); תנ"ג (מחוזי מר') 17-11-65804 **קרן טולפ קפיטל, שותפות מוגבלת נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ**, פס' 41 (נבו 12.11.2018) (להלן: עניין **טולפ** (מחוזי)); עניין **שנהב**, לעיל ה"ש 133, בפס' 34.

140 עניין **אקסטל**, לעיל ה"ש 104, בפס' 49.

141 עניין **טולפ** (עליון), לעיל ה"ש 133.

142 עניין **ספיר**, לעיל ה"ש 133, בפס' 16. ראו גם תנ"ג (כלכלית ת"א) 20-08-39908 **ברגמן נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ**, פס' 29 (נבו 21.6.2021).

143 עניין **אלמדקור**, לעיל ה"ש 92, בפס' 35.1. ראו גם מקרה אחר, שבו בחינת תום הלב הייתה "למעלה מן הצורך", לעמדת בית המשפט המחוזי: ת"א (כלכלית ת"א) 16-05-23534 **אהרונאי נ' בנק הפועלים בע"מ**, פס' 9 (נבו 22.6.2017). בעניין אחר נקבע כי "בשלב מקדמי זה אין מקום לדון בהרחבה [בטענה בדבר חוסר תום לב של המבקש]". תנ"ג (כלכלית ת"א) 13-12-7528 **הרפז נ' בנק הפועלים בע"מ**, פס' 62 (נבו 10.11.2014).

"עובדות אלה [המהוות ראייה לכאורה לחוסר תום לב של המבקש] הן בעלות משקל יחסי בשיקולי בית המשפט שעה שנקבע בפסיקה כי בעוד שבית המשפט אינו יכול להתעלם ממועד רכישת המניות על ידי המבקש, הרי שבמקרים בהם מדובר בקיומו של אינטרס ציבורי בבירור התביעה אוי הממשקל של תום ליבו של המבקש יהיה מוגבל ביחס למשקלו של האינטרס הציבורי בבירור התובענה. בהקשר זה ראו ע"א 2718/09 'גדיש' קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ פסקה 21 (28.05.2012) (ההדגשות שלי, ח.כ.):

'נקבע בפסיקה כי חרף השאיפה שלא להקפיד עם התובע הייצוגי הפוטנציאלי אשר תביעתו מייצגת אינטרס ציבורי ראוי להגנה, לעיתים הצטברותם של פגמים דיוניים בהתנהלותו של התובע הייצוגי הפוטנציאלי עשויה להביא למסקנה כי לא ראוי לאשר את התובענה כייצוגית. [...] לטעמנו, האפשרות לדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית אך בשל התנהלותו הדיונית של התובע הייצוגי צריכה להישמר למקרים חריגים. זאת, בין היתר, בהתחשב בתכליתו של ההליך הייצוגי להתמודד עם כשלים הקיימים במנגנון ההתדיינות ה'רגיל' ולצמצם את פערי הכוח בין התובע והנתבע'.

סבורני כי אף בבקשה דנן קיים אותו אינטרס ציבורי, שעה שמטרת ההליך הינה הגשת תביעה נגזרת בשם חברה ציבורית.¹⁴⁴

3. גישה מחמירה, שלפיה חוסר תום לב מצד המבקש מצדיק, כשלעצמו, את דחייתה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת.¹⁴⁵
- דומה כי במהלך השנים 2018–2019 צברה הגישה המחמירה תנופה. בשלהי שנת 2018 דחו בתי המשפט שתי בקשות גילוי מסמכים מוקדמות בשל חוסר תום לב של מגישי הבקשות, ופסקי דין אלו אושרו בבית המשפט העליון.
- המקרה הראשון הוא פרשת שוחט. באותה פרשה הוגשה לבית המשפט המחוזי בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בגין אישור הארכת התקשרותה של החברה המשיבה עם משרד עורכי דין שבבעלות רעייתו של בעל השליטה בחברה. ההתקשרות שעמדה בבסיס הבקשה הייתה עתידה להניב לרעייתו של בעל השליטה שכר טרחה שנאמד בעשרות מיליוני שקלים. במסגרת הבקשה התבקשו מסמכים שונים בנוגע לאופן הבחירה של משרד עורכי הדין, לרבות פרוטוקולים של ועדת הביקורת, אמות המידה לבחירת המשרד הזוכה ועוד.
- בית המשפט המחוזי דחה את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת אך ורק בשל חוסר

144 עניין גזית-גלוב (מחוזי), לעיל ה"ש 139, בפס' 45–46 (חלק מההדגשות הוספו). מקבילית הכוחות הוחלה גם כתביעות נגזרות. ראו, לדוגמה, תנ"ג (כלכלית ת"א) 48081-11-11 רזנפלד נ' בן דב, פס' 71 (נבו 17.3.2013).

145 עניין טל, לעיל ה"ש 133, בפס' 4.

תום ליבו של המבקש, מבלי לדון כלל בעילת התביעה הנטענת.¹⁴⁶ בהתאם להחלטה, חוסר תום הלב התבטא בקיומם של הליכים משפטיים אחרים שניהל המבקש נגד החברה (ללא קשר כלשהו לסוגיה שבגינה הוגשה הבקשה המוקדמת לקראת תביעה נגזרת אפשרית), אשר הציבו אותו, כביכול, בניגוד עניינים מול החברה. נוסף על כך קבע בית המשפט המחוזי כי העובדה שהמבקש רכש מניות של החברה המשיבה רק לאחר שהחל בהליכים משפטיים נגדה יוצרת חשש שמא המניות נרכשו כדי להתנגח בחברה, ולא כדי לפקח על הממשל התאגידי בה. עוד נקבע כי בנסיבות העניין, לנוכח המגעים הרבים שהתקיימו בין המבקש לבין החברה, ספק אם אכן היה לו צורך במסמכים המבוקשים. בית המשפט המחוזי התבסס גם על חלוף הזמן בין יצירת העילה לבין הגשתה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, שבמהלכו לא ניסה המבקש לסכל את ההתקשרות החוזית מושא הבקשה.

שוחט הגיש בקשת רשות ערעור על ההחלטה לבית המשפט העליון, אך זה דחה את בקשת הרשות לערער, וניתח באופן נרחב את אמות המידה שעל פיהן ייבחן תום ליבו של המבקש, וזאת בהיקש מהליך התובענות הייצוגיות ובהתבסס על מקורות נורמטיביים ביחס לתובענות ייצוגיות מארצות הברית.¹⁴⁷

המקרה השני הוא פרשת **טוליפ**, שם הוגשה לבית המשפט המחוזי בקשת גילוי מסמכים מוקדמת נגד חברת טבע בגין חלוקת דייווידנדים בסך של כמיליארד דולר בשנת 2017, אשר לטענת המבקשת לא עמדה במבחני החלוקה הנקובים בסעיף 302 לחוק החברות.¹⁴⁸ בית המשפט המחוזי דחה את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, בקובעו כי המבקשת לא נהגה בתום לב וכי כבר מטעם זה ניתן לדחות את הבקשה. את חוסר תום הלב ביסס בית המשפט על שני נימוקים. **האחד** היה שהמבקשת רכשה אגרות חוב של טבע גם לאחר ישיבות הדירקטוריון שאישרו את החלוקה שנטען לגביה כי נעשתה בניגוד לחוק. בית המשפט עמד על חוסר ההיגיון בכך שמצד אחד טענה המבקשת כי קיים חשש שמא טבע לא תוכל לעמוד בהתחייבויותיה בעקבות חלוקת הדייווידנד אך מצד אחר בחרה ליהפך לנושה של טבע באמצעות רכישת אגרות החוב והגדילה את החזקותיה בחברה לאחר אישורה של חלוקת הדייווידנד. הנימוק **האחר** היה שבבקשת גילוי המסמכים המוקדמת נפלו כשלים, ביניהם הצגת נתונים חלקיים ושגויים, הסכמה לקבל את הדייווידנד ובאותה עת תקיפת ההחלטה לחלקו, והעדר פנייה לחברה בניסיון למנוע את חלוקת הדייווידנד מראש.

עם זאת, ו"על מנת שלא תמצא החלטתי כחסרה", כלשון בית המשפט המחוזי,¹⁴⁹ דן בית המשפט גם ביתר התנאים לאישורה של בקשת גילוי המסמכים, קבע כי גם תנאים

146 תנ"ג (כלכלית ת"א) 41206-03-16 **שוחט נ' אאורה השקעות בע"מ** (נבו 18.10.2018) (אחד המחברים, ד"ר גבאי, סייע למבקש באותו עניין לקבל את הסכמתה של רשות ניירות ערך לממן את נקיטתה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת).

147 עניין **שוחט**, לעיל ה"ש 133, בפס' 13.

148 עניין **טוליפ** (מחוזי), לעיל ה"ש 139.

149 שם, בפס' 44.

אלו אינם מתקיימים באותו עניין, ודחה את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת. המבקשת לא אמרה נואש, והגישה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, אולם זה דחה את הבקשה.¹⁵⁰ הוא קבע כי המבקשת לא הייתה תמת לב, כמפורט בהחלטתו של בית המשפט המחוזי, והוסיף כי לא מתקיימת "מקבילית כוחות" בין תנאי תום הלב לבין יתר התנאים התומכים בהיעתרות לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת. על כן – כך קבע בית המשפט העליון – די בכשלון העמידה בתנאי זה להביא לידי דחיית של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, וזאת אף מבלי לדון ביתר התנאים שבסעיף 198 א לחוק החברות.¹⁵¹ מן האמור לעיל עולה כי בית המשפט אינו מהסס לחסום את המבקש מבירור ענייני של טענותיו לנוכח טענות בדבר תום ליבו,¹⁵² וזאת לעיתים אף ללא דיון בטענות המבקש לגופן. המגמה האמורה רק תלך ותגבר, להבנתנו, לנוכח ההלכה האמורה משנת 2019 של בית המשפט העליון בפרשת **טוליפ** שלפיה לא מתקיימת "מקבילית כוחות" בין תנאי תום הלב לבין יתר התנאים להיעתרות לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת ועל כן די בכשלון העמידה בתנאי זה להביא לידי דחיית של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת.¹⁵³

4. החלת הגנות כגון כלל שיקול הדעת העסקי כבר בשלב של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת

פרשת **בנסון** מהווה דוגמה מעניינת לטעמים נוספים שבגינם בית המשפט דוחה בקשות גילוי מסמכים מוקדמות.¹⁵⁴ זאת, אף שעסקינן בטענות הגנה מהותיות שאינן מתאימות כלל לדיון ולליבון בשלב מקדמי זה, ואשר מקומן הנכון הוא במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת, אם וכאשר תוגש.

כך, באותה פרשה הגתה חברת טבע תוכנית ארגון מחדש מקיפה, שמטרתה הייתה להפחית את הוצאות החברה ולשפר את ביצועיה העסקיים, ובמסגרת זו מימשה שלושה נכסי מקרקעין שבבעלותה. המבקש הגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, וטען לפגמים בהליך מכירתם של הנכסים. בין היתר הוא טען כי חלק מהנכסים נמכרו לרוכשים שלא הגישו את ההצעות הגבוהות ביותר, ובכך נמנעה מהחברה מלוא ההכנסה שהיה אפשר להפיק מאותם נכסים, וכי לגבי חלק אחר מהנכסים לא התנהל הליך תחרותי, שהיה מאפשר לטבע להפיק את המחיר המרבי בעבורם. טבע הכחישה טענות אלו, וטענה כי

150 עניין **טוליפ** (עליון), לעיל ה"ש 133.

151 שם. יצוין כי דברים דומים נקבעו כבר בעניין **טל**, לעיל ה"ש 133, אולם הלכת **טל** לא אוזכרה בעניין **טוליפ** (עליון), לעיל ה"ש 133.

152 נציין כי דרישת תום הלב בתביעות נגזרות מחמירה מהדרישה בתובענות ייצוגיות, וזאת, בין היתר, מכיוון שבתביעה נגזרת, שמקורה ביניי היושר, יש להקפיד הקפדה יתרה על כנותו של התובע. נוסף על כך, בתביעה נגזרת התובע מתיימר לנהל את מאבקה של אישיות משפטית נפרדת מעצמו, בעוד בתובענה ייצוגית התובע מייצג גם את עצמו, ויש לו בה עילת תביעה אישית. עניין **בן דב**, לעיל ה"ש 144, בפס' 53.

153 עניין **טוליפ** (עליון), לעיל ה"ש 133.

154 עניין **בנסון**, לעיל ה"ש 4.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

על ההחלטות מושא הבקשה חל כלל שיקול הדעת העסקי,¹⁵⁵ וכי נושאי המשרה נהנים מהוראות הפטור שבתקנון החברה, ועל כן יש לדחות את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת.

בית המשפט המחוזי דחה את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, תוך שהוא מאמץ את טענותיה של טבע ומדגיש כי באותו מקרה לא זו בלבד שהמבקש לא העלה כל טענה קונקרטית לניגוד עניינים אפשרי של נושאי המשרה, הוא אף לא טען כי ההחלטות שנושאי המשרה בטבע קיבלו לא היו מיודעות או כי תהליך קבלת ההחלטות כשלעצמו היה פגום או פסול. במצב דברים זה, קבע בית המשפט המחוזי, חל כלל שיקול הדעת העסקי, ומקל וחומר חלות גם הוראות הפטור על נושאי המשרה, וכבר מטעמים אלו יש לדחות את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת.

הלכה זו אינה חריגה. בשורה של פסקי דין נדרש בית המשפט לטענות של הגנת כלל שיקול הדעת העסקי, דן בהן לעומקן, ודחה על בסיסן בקשות גילוי מסמכים מוקדמות.¹⁵⁶

5. על המונח החמקמק "תשתית ראייתית ראשונית"

כפי שסקרנו לעיל, אחד התנאים המרכזיים לאישור תובענה נגזרת הוא קיומה של תשתית ראייתית ראשונית, דהיינו, שקיימת עילה לכאורה, שהתביעה עומדת בקנה אחד עם טובת החברה (במובן הרחב ובמובן הצר) ושהמבקש אינו חסר תום לב. אך מה באשר לדרישת "תשתית ראייתית ראשונית" לשם קבלתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת? החדשות הרעות הן שמדובר בתנאי אשר נכון למועד כתיבתן של שורות אלו נותר חמקמק,¹⁵⁷ עמום¹⁵⁸ ונתון לפרשנויות שונות. החדשות הטובות הן שאין מחלוקת בפסיקה על כך שהנטל הנדרש מן המבקש לשם עמידה בתנאי זה נמוך

155 כלל שיקול הדעת העסקי הוא כלל שנועד להעניק חסינות לדיקטורים מפני ביקורת שיפוטית על החלטותיהם בשל טענות להפרת חובת הזהירות (חובת הזהירות של דירקטורים קבועה בס' 252–253 לחוק החברות). כלל שיקול הדעת העסקי כולל שלושה תנאים עיקריים לתחולתו: (1) ההחלטה התקבלה לא מתוך ניגוד עניינים; (2) ההחלטה התקבלה בתום לב (סובייקטיבי); (3) ההחלטה הייתה "מיודעת", קרי, לאחר עיון בנתונים ושקילת השיקולים הרלוונטיים. עניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 57, בפס' 69 לפסק הדין של השופט עמית; שרון חנס "כלל שיקול-הדעת העסקי" **עיוני משפט** לא 313, 324–325 (2009); רות רונן ושיר אשכול "כלל שיקול הדעת העסקי והדרישה לקבל החלטה 'מיודעת' משפטים מז 583 (2018). בהתאם לכלל, בית המשפט יבחן את תקינותו של הליך קבלת ההחלטות בחברה, ואם ההליך תקין, הוא לא יתערב בתוכן ההחלטה. עניין **ורדניקוב**, לעיל ה"ש 57, בפס' 75 לפסק הדין של השופט עמית.

156 עניין **גזית-גלוב** (מחוזי), לעיל ה"ש 139, בפס' 52–58; ת"א (כלכלית ת"א) 49690-02-16 **גייגיני נ' כלכלית ירושלים בע"מ**, פס' 40–45 (נבו 11.6.2017).

157 עניין **בוקסר**, לעיל ה"ש 134, בפס' 20.

158 ראו, לדוגמה, עניין **גזית-גלוב** (עליון), לעיל ה"ש 133, בפס' 7; עניין **אהרונ**, לעיל ה"ש 133, בפס' 20; עניין **רבקה טכנולוגיות**, לעיל ה"ש 42, בפס' 20; עניין **גייגיני**, לעיל ה"ש 133, בפס' 6.

מהנדרש לאישורה של בקשת האישור.¹⁵⁹ יתר על כן, נקבע כי לכל שלב דינוי יידרש רף ראיות שונה בהתאם לדרישה – בתחילה תשתית ראיתית ראשונית בלבד, בהמשך רף לכאורי, ולבסוף בהתאם למאזן ההסתברויות.¹⁶⁰ בכך בקשת גילוי המסמכים אמורה לתרום ליכולתו של המבקש לעמוד ברף הדרוש ממנו במסגרת בקשת האישור – הרף שלפיו התנאים לאישור התביעה כנגזרת מתקיימים באופן **לכאורי**.¹⁶¹

עיקר ההתחבטות בהקשר זה היא הקושי של מבקש לצרף ראיות לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת כדי לעמוד באותו נטל, בהינתן שהראיות האמורות מצויות מטבע הדברים בידי החברה, ואילו ראיות יידרשו המשיבים, אם בכלל, לצרף לתשובתם כדי להדוף בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. כך, למשל, בפרשת **נשר** ביקש בית המשפט המחוזי להקל על מבקש לנוכח פערי מידע שהיו בינו לבין החברה, ונקט גישה מקילה שלפיה יוכל המבקש להרים את הנטל על ידי שימוש בראיות המצויות בידי החברה,¹⁶² אלא שגישה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון בבקשת רשות ערעור שהוגשה על החלטה זו. להלן נפרט.

באותו עניין הגיש בעל מניות בבנק הפועלים בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, בטענה שנושאי משרה שהיו חברים בוועדת האשראי של הבנק פעלו לא לטובת הבנק כאשר אישרו הלוואה בסך של כ-150 מיליון ש"ח לחברת השקעות שהייתה בבעלותו של איש העסקים נוחי דנקנר. הבנק התנגד לבקשה, וטען, בין היתר, לחיסיון בנקאי. השאלה שעמדה להכרעת בית המשפט הייתה אם (ובאיזו קונסטלציה) ניתן לבקש לעיין במסמכים המבוקשים בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת לפני מתן ההחלטה בה, כדי לבחון גם לאורם אם המבקש העמיד את התשתית הראיתית הנדרשת לאישורה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת.

בית המשפט המחוזי, אשר דן בבקשה כערכאה הראשונה, נקט גישה חיובית, וקבע כי החברה תעביר לעיונו את המסמכים המבוקשים בבקשת גילוי המסמכים בהתאם לתקנה 119 לתקנות הישנות. זאת, על מנת לקבוע אם המבקש הניח תשתית ראיתית ראשונית לטענותיו בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. בכך יצר בית המשפט המחוזי דרך פרגמטית להכרעה שיפוטית בדבר התקיימות התנאי של תשתית ראיתית ראשונית. למעשה, על פי גישתו של בית המשפט המחוזי, אותה תשתית ראיתית ראשונית יכולה

159 ראו, למשל, עניין **אינטרקולוני** (2014), לעיל ה"ש 34, בפס' 64 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור.

160 עניין **בנסון**, לעיל ה"ש 4, בפס' 13.

161 להבנתנו, עמדתם של חלק מהמלומדים עומדת בסתירה לעמדה עקיבה זו של ההלכה הפסוקה, ולשיטתם אין שוני בין הרף הנדרש מהמבקש בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת לבין הרף הנדרש ממנו בבקשת גילוי מסמכים המוגשת במסגרת בקשת אישור. ראו זמיר וברנאיון, לעיל ה"ש 67, בעמ' 14. בכל הכבוד, אנו סבורים כי עמדת ההלכה הפסוקה נכונה ומבוססת היטב, וברוח זו נגזרת המסקנה כי הרף בבקשת גילוי מסמכים שמוגשת **לאחר** בקשת האישור חמור מן הרף בבקשת גילוי מסמכים **מוקדמת**, קל וחומר אם הייתה למבקש אפשרות להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת והוא בחר לא לעשות כן. כך ניתן לפרש את עמדת בית המשפט הנכבד בעניין **אמיד**, לעיל ה"ש 103.

162 ת"א (כלכלית ת"א) 1905-02-14 **נשר נ' בנק הפועלים בע"מ**, פס' 6 (נבו 24.7.2014) (להלן: עניין **נשר** (2014)).

להתגבש גם מהמסמכים המבוקשים בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת, אשר נמצאים בחזקת החברה ואינם גלויים לעין המבקש.

בנק הפועלים ערער על החלטת בית המשפט המחוזי, והעניין נדון לפני בית המשפט העליון. זה האחרון נקט גישה שונה, המחייבת את מגיש הבקשה המוקדמת לתמוך את בקשתו בראיות עצמאיות, שעל בסיסן תיבחן עמידתו בתנאי התשתית הראייתית הראשונית.¹⁶³ בית המשפט העליון שלל את גישתו של בית המשפט המחוזי, בטענה שאי-אפשר להיעתר לבקשת הגילוי על מנת להחליט כיצד תוכרע הבקשה. משמע, החברה אינה מחויבת לחשוף מסמכים כדי לשכנע בצדקת טענותיה, ואין להפוך את טענת החיסיון ואת תקנה 119 לתקנות הישנות לכלים המסייעים למבקש לעבור את המשוכה הראייתית מקום שלא היה מצליח בכך אלמלא טענת החיסיון והמסמכים שהועברו לעיון בית המשפט.

ודוק, אין מדובר בחשש חסר יסוד, שכן באחת הבקשות שהובאו לפני בית המשפט בעניין אחר נאלצה החברה לחשוף חלק מהמסמכים שפורטו בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת כחלק מביסוס הגנתה. בכך בא המבקש על סיפוקו אף בטרם נדונה בקשתו לעומקה.¹⁶⁴ ממקרים אלו רצוי להימנע.

אנו מבינים כמובן את החשש מניצול לרעה של מכשיר בקשת גילוי המסמכים המוקדמת באופן שיקנה למגיש הבקשה יתרון לא הוגן.¹⁶⁵ כפי שהיטיב להגדיר זאת בית המשפט העליון, בקשת גילוי המסמכים המוקדמת הינה שלב "טרם-מקדמי",¹⁶⁶ אשר טומן בחובו "אתגר לא פשוט... בשל המלכוד המובנה שטומן בו".¹⁶⁷ עם זאת, לעניות דעתנו, גישה זהירה ושמרנית מדי, שאינה נותנת את המשקל המתאים ליתרונותיה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, עלולה להחמיץ את התועלת שכלי זה נועד להפיק.

היבט נוסף של החשש שמא עצם הגשת התשובה תוביל לפגיעה בחברה התגשם במציאות כאשר בעל מניות הגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת נגד בנק איגוד לישראל בע"מ בגין הפסדים שנוצרו לו עקב הלוואות שהעמיד לאיש העסקים אליעזר פישמן ואשר לא הוחזרו במלואן. כחלק מהסדר דיוני, מינה הבנק ועדה בלתי תלויה שתדון בטענות המבקש, והסכים לאפשר למבקש לעיין בדוח שתחבר הוועדה, אך בתנאי שהלה לא יעשה בו שימוש מחוץ להקשר של הבקשה לאישור התביעה כנגזרת ושהדוח לא

163 עניין נשר (2015), לעיל ה"ש 90, בפס' 10–11. ראו גם עניין גזית-גלוב (עליון), לעיל ה"ש 133, בפס' 9; עניין גייגני, לעיל ה"ש 133, בפס' 6. נציין כי בית המשפט החיל רציונל זה גם לגבי טענות לאכיפה בדרנית. ראו בג"ץ 4922/19 נוה נ' פרקליטות מחוז מרכז (פלילי), פס' 29 (אר"ש 9.12.2019).

164 עניין מלאכי, לעיל ה"ש 133, בפס' 146.

165 לעמדת ההלכה הפסוקה, חשש זה מתגבר במיוחד בבקשות גילוי מסמכים לפני הגשת בקשת אישור. ראו, למשל, עניין נשר (2015), לעיל ה"ש 90, בפס' 5; עניין יפעת, לעיל ה"ש 132; עניין בוקסר, לעיל ה"ש 134, בפס' 18.

166 מטעם זה יש גם קושי באישור הסדר פשרה בקשר לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת. לשיקולים בנוגע לאישור בשלב כה מקדמי ראו עניין ברק, לעיל ה"ש 132, בפס' 63.

167 עניין יפעת, לעיל ה"ש 132, בפס' 15.

יימסר לצד שלישי. לאחר מכן הגיש המבקש בקשה לאישור תביעה כנגזרת, ואליו צורף הדוח. הבנק הגיש את תשובתו וכלל בה, מלבד הדוח, מאות עמודים של מסמכים נוספים, לרבות פרוטוקולים וכדומה.

עיתון גלובס, שהוא אחד העיתונים הכלכליים המרכזיים בישראל, הגיש בקשה לעיין בתיק, ובית המשפט המחוזי נעתר לבקשה זו בכפוף להשחרת משפטים אחדים הנוגעים בסודות מסחריים. הבנק הגיש בקשת רשות ערעור על החלטה זו, אך בית המשפט העליון דחה את בקשתו זו. בפסק דינו קבע בית המשפט העליון כי לאחר שהחברה המשיבה מגישה את תשובתה, לא יימנע בית המשפט מלאפשר עיון במסמכים שהוגשו, לנוכח מאפייני ההליך כציבורי וככזה שנועד לטובת כלל בעלי המניות, ובהעדר נימוקים קונקרטיים לשלילת העיון בכתבי הטענות ובמידע המשתקף מהם. זאת, גם אם מי שהגיש את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת חתם על כתב סודיות, באופן שמעיד כי המידע נמסר לו תחת מעטה סודיות אשר אין מקום לשלול אותו מהחברה.¹⁶⁸ דהיינו, תשובתה של החברה לבקשת הגילוי עלולה לגלות מידע שהחברה סבורה כי הוא סודי או כי אם עין נוספת תשזוף אותו, לא ישרת הדבר את טובתה. החשש האמור מקבל משנה תוקף בשעה שההלכה ביחס לבקשות עיון בתיקי בתי משפט מקילה יחסית, קרי, יוצאת מנקודת הנחה שיש להתיר את העיון אלא אם כן יש טעמים נגדיים כבדי משקל וקונקרטיים לאסור זאת.¹⁶⁹ ומאפשרת עיון גם ללא נימוקים נרחבים ומבלי שבית המשפט יכול להעמיק חקר ולתהות על קנקנו של מגיש הבקשה.¹⁷⁰ גם בכך ייתכן שעצם הגשתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת עלולה להזיק לחברה או לכל הפחות לא לשרת את טובתה.

חרף חששות מובנים אלו, הגישה המחמירה שנקט בית המשפט העליון בעניין נשר מכבידה מאוד על המבקשים להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. כאמור, בשלב של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת המבקש מצוי בפער מידע אינהרנטי מול החברה. למעשה, המבקש פותח בהליך זה דווקא מכיוון שהוא מכיר בכך שאין בידיו המסמכים הנדרשים לתמיכה בעילות ובסעדים אשר התנהלותם של נושאי המשרה או בעלי השליטה בחברה מקימה, לדעתו. משמע, דרישת מידע ממי שבאופן מוצהר מבקש את המידע, מכיוון שלטענתו מידע זה מצוי בידי החברה, יוצרת מעגל קסמים שמוביל מניה וביה לדחייתו של בקשת גילוי המסמכים. חשש דומה הביע בית המשפט העליון בהקשר של בקשות גילוי מסמכים בתובענות ייצוגיות:

168 רע"א 6624/20 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' גולובינסקי (אר"ש 19.1.2021). נציין כי זמיר וברנאייזן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 25–27, מתמודדים גם הם עם סוגיית הסודיות הכרוכה במסמכים, ותומכים בחובת חתימה על כתב סודיות עובר למסירת מידע סודי. לעמדתנו, לנוכח הלכת גולובינסקי האמורה, האפקטיביות של כלי זה רוקנה מתוכן, ואין בו כשלעצמו כדי לצמצם חששות מפני דליפת המידע לצדדים שלישיים.

169 ראו תק' 4 לתקנות בתי המשפט ובתי הדין לעבודה (עיון בתיקים), התשס"ג-2003; ע"א 4825/97 גהל נ' פקיד השומה למפעלים גדולים, פ"ד נה(2) 433, 437 (2000).

170 רע"א 3999/20 ריפס-ברקוביץ' נ' איגוד העמותות לזקן בישראל (אר"ש 24.12.2020).

"אשר לטענה כי מוטל היה על המערערים להגיש בקשה לצו גילוי מסמכים בהקשר זה, הרי שיש לתת את הדעת לקושי הטמון במהלך זה. אמנם למבקש לאשר תובענה ייצוגית עומדת זכות לגילוי ועיון במסמכים של הצד שכנגד כבר בשלב האישור. אולם זכות זו כפופה לעמידה בתנאים שונים, ובכלל זה כי המבקש הניח – עובר לקבלת צו הגילוי – תשתית ראייתית ראשונית המלמדת על סיכוי להתקיימותם של תנאי הסף לאישורה של התובענה כייצוגית, לרבות סיכויי הצלחת התובענה... כך עלול להיווצר מעין 'מעגל קסמים' במצבים שבהם פערי המידע מקשים על התובע להניח את התשתית הנדרשת בשלב האישור. כדי להתגבר על פערי המידע ולעבות את התשתית שאסף, עליו להסתייע בהליך של גילוי מסמכים, אלא שזה מותנה בתנאי דומה של הנחת תשתית ראשונית להצלחת התובענה. על קושי זה עומד קלמנט¹⁷¹ בצינו כי 'עמידה דווקנית על דרישה זו [הנחת תשתית ראייתית ראשונית, ע.א.] תסכל את סיכויי של תובע לקבל את צו הגילוי במצבים שבהם המידע והראיות מצויים באופן בלעדי בידי הנתבע'..."¹⁷²

אלא שצמחה גישה אחרת, שלפיה ניתן להסתפק בחשד גרידא כדי להרים את נטל ההוכחה של תשתית ראייתית ראשונית. גישה זו החלה בעניין **ר'בקה טכנולוגיות**, שבה קבע בית המשפט המחוזי כי אין לשלול גישה שבה ספק ייזקף לחובת החברה, ובלשונו – "[...]when in doubt ... אין לשלול אותו לדידי בבחינת בקשה לגילוי ועיון מכוח סעיף 198א(א) לחוק החברות".¹⁷³ בעניין אחר אף קבע בית המשפט העליון כי די בחשד גרידא לעילת תביעה להרים את הנטל.¹⁷⁴ במילים אחרות, המבקש אינו נדרש להוכיח בראיות **פוזיטיביות** את טענותיו, אלא די בכך שהוא יטיל חשד וספק באשר להתנהלות החברה ולקיומה של עילת תביעה. בהמשך לגישה זו הוסיף בית המשפט העליון את הקביעה הבאה, שמשמעותה דרמטית:

"ודוק, בית המשפט עמד על כך כי הדרישה להעמיד 'תשתית ראייתית ראשונית' זו מוטלת [ת] על המבקש, וכי אין הוא יכול 'להפוך את היוצרות', ולגלגל נטל זה על כתפיה של החברה... ואולם, מקום שעניין מסוים מתוך המכלול לא הוכח, אין משמעות הדבר כי על בית המשפט להניח לטובת החברה את 'חזקת התקינות',

171 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" **הפרקליט** מט 131, 144 (2006).

172 עניין **פרנק**, לעיל ה"ש 97, בפס' 61 לפסק הדין של השופטת (בדימ') ארבל (ההדגשות הוספו).

173 תנ"ג (כלכלית ת"א) 11577-12-16 **ר'בקה טכנולוגיות בע"מ נ' כימיקלים לישראל בע"מ**, פס' 4 (נבו) 17.1.2018.

174 עניין **קרנא** (2020), לעיל ה"ש 111, בפס' 32. ראו גם עניין **ברוך**, לעיל ה"ש 62, בפס' 16.

לאמור, לפעול על סמך ההנחה כי אם עניין מסוים לא הוברר, חזקה על החברה כי פעלה באופן תקין לגביו...¹⁷⁵

לא למותר לציין כי בכך נקט בית המשפט העליון פרשנות ששימוש שגוי בה עלול לאיין במקרים מסוימים את תנאי התשתית הראייתית הראשונית, ואף להעביר אל כתפי החברה את נטל הבאת הראיות על מנת להפסיד חשדות ולבסס גרסה גם מקום שהמבקש לא צלח את תנאי התשתית הראייתית הראשונית, וכל זאת כדי להימנע ממסירת מידע ומסמכים. דומה כי שימוש שגוי בפרשנות זו עלול לאפשר מסירת מידע ומסמכים לגורמים שאין בידם עילת תביעה ברמה הבסיסית ביותר, ולאפשר "מסע דיג" פסול ולא רצוי.

עד כה פירטנו את הגישות השונות והקשיים העולים מההלכה הפסוקה בישראל. מכיוון שדיני התאגידים בישראל שואבים השראה מהדין הנוהג במדינת דלוור שבארצות הברית, ומכיוון שגם שם קיים הליך מקביל שבמסגרתו התגבשו התנאים לגילוי מסמכים מוקדם בצורה ברורה יותר, אנו סבורים כי יש לבחון את הדין הדלוורי במטרה ללמוד על האופן הנכון שבו יש לפרש את סעיף 198א לחוק החברות.

פרק ו: הדין במדינת דלוור

1. התנאים לקבלתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בדלוור

לא במפתיע, מנגנון שיפוטי המאפשר לבעל מניות או לנושא משרה בתאגיד לקבל לעיונם מסמכים ומידע קודם לנקיטת הליך תביעה נגזרת אינו המצאה ישראלית, וגם בשיטות משפט אחרות ניתן למצוא הליכים המבקשים להשיג מטרה דומה. במדינת דלוור בארצות הברית – המתגאה באחת ממערכות דיני התאגידים המפותחות בעולם – בעל מניות (או דירקטור) המעוניין לקבל מידע עובר לנקיטת פעולות משפטיות, לרבות תביעות נגזרות, רשאי לפנות בבקשה לקבלת מידע ומסמכים בהתאם לסעיף 220 לחוק התאגידים הדלוורי.¹⁷⁶

אם התאגיד מתנגד למסירת המסמכים, בעל המניות רשאי להגיש בקשה לבית המשפט בדלוור (אשר לשם הנוחות תכונה גם היא להלן: בקשת גילוי מסמכים מוקדמת). כאשר מונחת לפני בית המשפט בדלוור בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, הוא יבדוק בשלב הראשון את המבקש והתנהלותו, ובשלב השני הוא יבחן את הבקשה – תוכנה ומהותה.¹⁷⁷

¹⁷⁵ עניין קרנא (2020), לעיל ה"ש 111, בפס' 28 (חלק מההדגשות הוספו).

¹⁷⁶ DEL. CODE ANN. tit. 8, § 220 (1953) (להלן: חוק התאגידים הדלוורי).

¹⁷⁷ ס' 220(b)(1) לחוק התאגידים הדלוורי; Espinoza v. Hewlett-Packard Co., 32 A.3d 365 (Del.).

נציין כי במדינת דלוור ניתנה לבעל המניות זכות רחבה לקבלת מידע מהתאגיד, בכפוף לתנאים שיפורטו להלן. בישראל, לעומת זאת, ניתנה לבעל מניות זכות מצומצמת בלבד למידע, המעוגנת בעיקר בסעיפים 184–187 לחוק החברות, ככל שעסקינן במידע שאינו צופה פני הליך משפטי. עם זאת, כדי לקדם את טובת החברה ולהתגבר על פערי המידע, אפשר המחוקק הישראלי להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת שאין בה הגבלה א-פריוורית באשר לסוג המידע הדרוש לבעל מניות כדי לפעול למיצוי עילת תביעתה של החברה. במובן זה, דומה כי ההבדל בין ההליכים הוא סמנטי בעיקרו, ולפיכך ניתן להקיש בין ההסדרים השונים.

(א) השלב הראשון: בדיקת המבקש והתנהלותו

כאמור, השלב הראשון בניתוחו של בית המשפט הוא בדיקת המבקש והתנהלותו. למעשה, על המבקש לעמוד בשלושת התנאים הבאים:¹⁷⁸ (1) המבקש הוא בעל מניות;¹⁷⁹ (2) המבקש עמד בתנאים הפרוצדורליים הנדרשים, קרי, הקדים פנייה לתאגיד וצירף לבקשתו תצהיר של המבקש (form and manner); (3) העיון נדרש לשם תכלית נאותה (proper purpose).

הפסיקה בדלוור מתמקדת בתנאי השלישי, אשר הוגדר על ידיה¹⁸⁰ כתנאי הראשי והעליון (paramount). כאמור, תנאי זה מחייב שהעיון נדרש לתכלית נאותה בטרם ייעתר בית המשפט בדלוור לבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. הפסיקה קבעה כי "תכלית נאותה" היא תכלית הקשורה באופן סביר לאינטרס של המבקש כבעל מניות.¹⁸¹ חלק

(2011). כמו כן קיימת לבעל מניות הזכות לעיין בספריה של חברה בת ובתרשומות שלה (ס' 220(b)(2) לחוק התאגידים הדלוורי). ברשימה זו בחרנו לא לעסוק בזכות המבקש לעיין במסמכיהן של חברות בנות במסגרת "בקשת גילוי מסמכים מרובה" בדין הישראלי. לתנאים להיעתרות לבקשת גילוי מסמכים בתביעה נגזרת מרובה בדין הישראלי ראו עניין אינטרקולוני (2014), לעיל ה"ש 34; תנ"ג (מחוזי מר') 12264-07-16 אי.א.י. אומגה אנטרפרייזס בע"מ נ' גרצנשטיין, פס' 63–66 (נבו 25.2.2018).

178 זאת, למעט במקרה של עיון ברשימת עסקאות להעברת מניות התאגיד (stock ledger) וברשימת בעלי המניות (list of stockholders), שאז המבקש נדרש לעמוד רק בתנאים הראשון והשני (ס' 220(c) לחוק התאגידים הדלוורי).

179 המבקש נדרש להיות בעל מניות בעת הגשת הבקשה לגילוי מוקדם, כך שאם הוא נרכש החוצה בעסקת מיזוג לפני ההגשה, הוא אינו רשאי להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. Weingarten v. Monster Worldwide, Inc., C.A. No. 12931-VCG, 2017 WL 752179 (Del. Ch. Feb. 27, 2017).

180 CM & M Grp., Inc. v. Carroll, 453 A.2d 788, 792 (Del. 1982).

181 יודגש כי אם החברה המשיבה תוכל להוכיח כי בעל המניות המבקש היווה "מסכה" בלבד לעורך דינו, אשר יזם וניהל את הבקשה ללא כל מעורבות של בעל המניות (מלבד ההסכמה לשימוש בשמו ובמעמדו כבעל מניות בחברה המשיבה), לא יתמלא התנאי השלישי של דרישת התכלית הנאותה, ודינה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת להידחות. Wilkinson v. A. Schulman, Inc., C.A. No. 2017-0138-VCL, 2017 WL 5289553 (Del. Ch. Nov. 13, 2017). בתובענה ייצוגית תיארה ההלכה הפסוקה בישראל את התובע המייצג כ"מעין יזם" של התובענה הייצוגית, ודרשה ממנו

מהאינטרסים שהוכרו בפסיקה כ"תכלית נאותה" (ואשר בהם נתמקד במאמר זה)¹⁸² הם בדיקת טענות לניהול כושל (mismanagement) או לביצוע עוולות (wrongdoing) על ידי הנהלת החברה, לשם הגשת תביעה נגזרת או ייצוגית.¹⁸³ בהקשר זה ראוי לציין כי הפסיקה קבעה שהנסיבות הבאות אינן עומדות בתנאי "התכלית הנאותה":

1. בקשת גילוי מסמכים מוקדמת המוגשת על ידי מבקש אשר מנוע¹⁸⁴ מלהגיש תובענה נגזרת או ייצוגית המתבססת על העילה הנטענת בבקשה;¹⁸⁵
2. בקשת גילוי מסמכים מוקדמת שתכליתה מעורפלת, ולא ברורה ומפורשת;¹⁸⁶
3. בקשת גילוי מסמכים מוקדמת המהווה "מסע דיג" או שנועדה לספק יצר סקרנות בלבד;¹⁸⁷

להיות מעורב בהליך – ולו ברמה הפורמלית של התייצבות בבית המשפט והתערכנות בנוגע להתנהלות ההליך (ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פ"ד סה(3) 636, פס' 19 ו-22 (2012)) – ובעל ידע והיכרות עם פרטי המקרה כמו גם רמה מסוימת של ידע מעבר למידע שסופק לו על ידי עורך הדין (עניין ש.א.מ.ג.ר., לעיל ה"ש 75, בפס' לו לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין). מאוחר יותר אומצה הלכה זו גם בתביעות נגזרות. ראו ע"א 6913/18 שקדי נ' הרודיום השקעות בע"מ, פס' 31 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 4.8.2020). לטעמנו, הלכה זו יפה גם לעניין בקשות גילוי מסמכים מוקדמות.

182 אינטרסים נוספים שהוכרו ככאלה שעומדים בתנאי "התכלית הנאותה" הם בחינת כישוריו של דירקטור, הערכת שווי מניותיו של המבקש ועוד. City of Westland Police & Fire Ret. Sys. v. Axcelis Techs., Inc., 1 A.3d 281 (Del. 2010) (להלן: עניין Westland).

183 עניין Sec. First Corp., לעיל ה"ש 66; עניין Seinfeld, לעיל ה"ש 3; In re Facebook, Inc. Section 220 Litig., C.A. No. 2018-0661-JRS, 2019 WL 2320842 (Del. Ch. May 30, 2019) לפי הדין בארצות הברית, בניגוד לדין בישראל, דירקטור אינו יכול להגיש תביעה נגזרת בשם החברה. לחובסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141; Schoon v. Smith, 953 A.2d 196 (Del. 2008).

184 Graulich v. Dell Inc., C.A. No. 5846-CC, 2011 WL 1843813 (Del. Ch. May 16, 2011) (המבקש נחסם מלהגיש את הבקשה בשל התיישנות ובשל הסדר פשרה קודם באותו נושא אשר מנע הגשת תביעות נוספות); W. Coast Mgmt. & Cap., LLC v. Carrier Access Corp., 914 A.2d 636 (Del. Ch. 2006) (המבקש נחסם מלהגיש את הבקשה עקב השתק פלוגתא); Se. Pa. Transp. Auth. v. AbbVie, Inc., C.A. No. 10374-VCG, 2015 WL 1753033 (Del. Ch. Apr. 15, 2015) (החברה פטרה בתקנונה את הדירקטורים מחיובים עקב הפרת חובת זהירות, באופן שמנע מהמבקש את האפשרות להגיש נגדם תביעה נגזרת).

185 בניגוד לדין הישראלי, בדלוור הגילוי המוקדם יכול לשמש גם תובע מייצג (המהווה בעל מניות או דירקטור בחברה) לבחינת הגשתה של תובענה ייצוגית, ואינו מוגבל רק לבעל זכות עמידה בתביעה נגזרת. ראו, לדוגמה, Deephaven Risk ARB Trading, Ltd. v. UnitedGlobalCom, Inc., C.A. No. 379-N, 2005 WL 1713067 (Del. Ch. July 13, 2005).

186 KT4 Partners LLC v. Palantir Techs., Inc., C.A. No. 2017-0177-JRS, 2018 WL 1023155 (Del. Ch. Feb. 22, 2018).

187 Hoeller v. Tempur Sealy Int'l, Inc., C.A. No. 2018-0336-JRS, 2019 WL 551318 (Del. Ch. Feb. 12, 2019).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

4. בקשת גילוי מסמכים מוקדמת שמטרתה קבלת מידע אשר דליפתו עלולה לטרפד השלמת עסקה שהתאגיד צד לה;¹⁸⁸
5. הגשת בקשת גילוי מסמכים מוקדמת **במקביל** לתביעה נגזרת באותה סוגיה, שכן בהגישו את התביעה הנגזרת התובע מעיד על עצמו, למעשה, כי בידיו די מידע וראיות לבסס את טענותיו, וכי אין לו צורך בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת;¹⁸⁹
6. בקשת גילוי מסמכים מוקדמת המוגשת לצורכי סחיטה, הטרדת התאגיד או פגיעה בו.¹⁹⁰

עם זאת, בתי המשפט בדלוור הדגישו כי השיקול המרכזי באישורה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת הוא שהבקשה מוגשת לתכלית ראויה, וככל שיש אינטרס משני נוסף, הוא ייחשב חסר רלוונטיות על פי רוב, ולא ישמש טעם למניעת מסירת המידע כאמור.¹⁹¹ קביעה זו מלמדת על הגישה החיובית המנחה את הפסיקה הדלוורית בבואה להכריע בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות.

אינדיקציה נוספת לגישה חיובית זו ניתן למצוא במישור הראייתי. לא במקרה, בתי המשפט בדלוור, המעודדים הגשת בקשות לגילוי מידע ומסמכים, הציבו רף ראייתי **נמוך** בפני מגישי בקשות מוקדמות, וקבעו כי נדרשות אך ראיות מעטות (some evidence) כדי להוכיח בסיס מהימן, דהיינו, כדי שבסופו של יום יצליח המבקש להוכיח ברמה של

Quantum Tech. Partners IV, L.P. v. Ploom, Inc., C.A. No. 9054-ML, 2014 WL 2156622 188 (Del. Ch. May 14, 2014).

Cent. Laborers Pension Fund v. News Corp., C.A. No. 6287- Del. Ch. Ct. R. 11(b) 189 VCN (Del. Ch. Nov. 30, 2011); CHC Invs., LLC v. FirstSun Cap. Bancorp, C.A. No. 2018-0610-KSJM, 2019 WL 328414 (Del. Ch. Jan. 24, 2019) בנקיטת הליכים **מאוחרים** על ידי **הנתבעים** כדי לייתר כשלעצמה בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. ראו Greenhouse v. Polychain Fund I LP, C.A. No. 2018-0214-JRS, 2019 WL 2290245, n. 29 (Del. Ch. May 29, 2019).

190 דוגמה להטרדה היא כאשר המידע כבר מצוי בידי בעל המניות. ראו עניין *Carroll*, לעיל ה"ש 180. ראו גם Michael D. Goldman, *Delaware Corporation Law—Shareholders' Right to Make an Informed Judgment*, 32 BUS. LAW. 1805, 1811–1812 (1977). דוגמה לסחיטת תאגיד ולפגיעה בו ניתן למצוא במקרה שבו נדחתה באופן חלקי בקשת גילוי מסמכים מוקדמת משום שהמידע שהתבקש בה נועד לפגוע בתאגיד בשל מניעי נקם של המבקש בגרושתו ובמאהב שלה, או כדי לאפשר למבקש להחזיק בתאגיד כבן ערובה, באמצעות המידע, כדי להגיע להישגים בסכסוכים מקבילים עם גרושתו. Bizzari v. Suburban Waste Servs., Inc., C.A. No. 10709-JL, 2016 WL 4540292 (Del. Ch. Aug. 30, 2016). גם בדין הישראלי תביעה סחטנית תיחשב נעדרת תום לב ולכן תידחה. עניין **שוחט**, לעיל ה"ש 133, בפס' 13.

191 עניין *Bizzari*, לעיל ה"ש 190. לכאורה גם בפסיקה הישראלית נקבע באופן דומה כי אין במניע נוסף של המבקש כדי לשלול את הבקשה בשל חוסר תום לב. ראו תנ"ג (כלכלית ת"א) 17030-01-12 **שקדי נ' אינטרקולוני השקעות בע"מ** (נבו 19.3.2013). מניעים נסתרים ותכליות משניות יאבדו מחשיבותם ומהרלוונטיות שלהם אם המבקש יצליח להוכיח תכלית נאותה (עניין *Palantir Techs.*, לעיל ה"ש 186).

מאזן ההסתברויות (preponderance of the evidence)¹⁹² קיומו של בסיס מהימן שניתן להסיק ממנו כי אכן בוצעה העוולה המיוחסת להנהלת החברה או התרחש הניהול הכושל.¹⁹³ ודוק, מדובר בדרישה ראייתית מינימלית, המהווה רק דרגה אחת מעל לחשד גרידא, ואין פירוש הדבר שבשלב דיוני מוקדם זה המבקש נדרש להוכיח את קיומה של העילה. ובלשון ההלכה הפסוקה בדלוור:

"Such evidence need not prove that wrongdoing, in fact, occurred. Because the 'credible basis' standard sets the lowest possible burden of proof, any reduction of that burden would be tantamount to permitting inspection based on the plaintiff-stockholder's mere suspicion of wrongdoing."¹⁹⁴

יתר על כן, בית המשפט בדלוור קבע כי ניתן להסיק את התשתית הראייתית הנדרשת ממגוון מקורות:

"Mere curiosity or a desire for a fishing expedition will not suffice. But the threshold may be satisfied by a credible showing, through documents, logic, testimony or otherwise, that there are legitimate issues of wrongdoing."¹⁹⁵

דהיינו, בתי המשפט בדלוור אינם מתירים כל רסן, כך שחשד בלבד אינו מספיק לצורך היעדרות לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת, אולם הם נוקטים גישה מקילה. מן האמור לעיל עולה כי קשת המקרים שבהם תיפסל בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בדין הדלוורי מצומצמת במידה משמעותית בהשוואה לדין בישראל – הן מבחינת סוג הבקשות והן מבחינת היקפן.

(ב) השלב השני: בדיקת הקשר בין המסמכים המבוקשים למטרת הבקשה
לאחר בדיקת המבקש והתנהלותו, בית המשפט הדלוורי פונה לבדיקת הבקשה. בשלב זה יבחן בית המשפט אם המסמכים חיוניים (necessary and essential) לשם השגת המטרה שלשמה הוגשה בקשת גילוי המסמכים המוקדמת (the accomplishment of "[the] the stockholder's articulated purpose for the inspection").¹⁹⁶ בהקשר זה נפסק כי המסמכים חיוניים כל עוד הם נוגעים בלב התכלית שלשמה הוגשה הבקשה (the crux of the)

Mehta v. Kaazing Corp., C.A. No. 2017-0087-JRS, 2017 WL 4334150 (Del. Ch. Sept. 29, 2017).

193 עניין Westland, לעיל ה"ש 182, בעמ' 287.

194 שם.

195 עניין Sec. First Corp., לעיל ה"ש 66, בעמ' 568.

196 Thomas & Betts Corp. v. Leviton Mfg. Co., 681 A.2d 1026, 1035 (Del. 1996); אומץ

בהסכמה בעניין Espinoza, לעיל ה"ש 177, בעמ' 371.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

(shareholder's purpose) והמידע אינו זמין ממקורות מידע אחרים (unavailable from) ¹⁹⁷ עוד נקבע כי המבקש נדרש לנקוב בדיוק – שהוגדר כ"חוט השערה" (rifled precision) – את סוגי המסמכים שהוא מבקש, ולהראות כיצד כל קטגוריה של מסמכים המפורטת בבקשה מגשימה את התכלית הספציפית של העיון (inspection).¹⁹⁸

כפי שהוסבר בפסיקה הדלוורית, השלב השני מבטא את תמצית ההבדל בין הליך גילוי מסמכים בתביעה רגילה, שבו בתי המשפט מאפשרים גילוי רחב יותר של מסמכים, לבין בקשת גילוי מסמכים מוקדמת.¹⁹⁹ עם זאת, ואף שבחינת בית המשפט בשלב זה עשויה להיתפס כמחמירה, בפועל בתי המשפט בדלוור מעודדים בקשות גילוי מסמכים, ומחילים רף מקל גם בשלב השני בבואם לבחון אם יש להיעתר או לדחות בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. לשם המחשה, בהחלטה משנת 2006 סקר בית המשפט העליון בדלוור את הנתונים, שמהם עלה כי בתי המשפט בדלוור מאשרים, גם אם באופן חלקי, את רובן המוחלט של בקשות גילוי המסמכים המוקדמות שמוגשות.²⁰⁰ ודוק, גם כעבור יותר מעשור, בשנת 2019, ציין בית המשפט הצ'נסרי, בדחותו בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, כי דחייתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת היא חריגה מאוד. בלשונו:

"This is one those rare instances in the realm of Section 220 litigation where the plaintiff's trial proof has come up short."²⁰¹

אכן, כחלק מאותה מגמה מקילה קבעו בתי המשפט בדלוור כי בקשת גילוי מסמכים מוקדמת מופרזת בהיקפה לא תביא, כשלעצמה, לידי סילוקה על הסף.²⁰² או שלילתה המוחלטת.²⁰³

Wal-Mart Stores, Inc. v. Ind. Elec. Workers Pension Tr. Fund IBEW, 95 A.3d 1264, 1271 197 (Del. 2014).

Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 266 (Del. 2000) 198 ראו, למשל,

עניין *Sec. First Corp.*, לעיל ה"ש 66. 199

200 ראו דבריו של בית המשפט העליון בדלוור בעניין *Seinfeld*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 124: "Although many section 220 proceedings have been filed since we decided *Security First* and *Thomas Betts*, Verizon points out that *Seinfeld*'s case is only the second proceeding in which a plaintiffs demand to investigate wrongdoing was found to be *entirely* without a 'credible basis'".

עניין *Hoeller*, לעיל ה"ש 187. 201

La. Mun. Police Emps. Ret. Sys. v. Hershey Co., C.A. No. 7996-ML, 2013 WL 6120439 202 (Del. Ch. Nov. 8, 2013).

Rock Solid Gelt Ltd. v. SmartPill Corp., C.A. No. 7100-VCN, 2012 WL 4841602 (Del. Ch. 203 Oct. 10, 2012).

2. עידוד השימוש בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות

כפי שהודגם לעיל, ניכר כי בית המשפט בדלוור רואה בעין חיובית את השימוש בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות. כך, ההלכה הפסוקה בדלוור קבעה כי כלי הגילוי המוקדם הקבוע בסעיף 220 לחוק התאגידים הדלוורי הוא כלי עיקרי (primary)²⁰⁴ בארגז הכלים העומד לרשות התובע הנגזר, וכי יש לעשות בו שימוש על מנת להשיג מידע רלוונטי אשר ישפיע על התובענה העתידית.²⁰⁵ למעשה, ולנוכח התפקיד החשוב שיש לבקשות גילוי מסמכים מוקדמות, בית המשפט העליון בדלוור רואה את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת כחלק בלתי נפרד ממערכת הכללים התורמים ליצירת ממשל תאגידי ראוי ("an important part of the corporate governance landscape").²⁰⁶

בהתאם, בתי המשפט בדלוור מעודדים הגשת בקשות גילוי מסמכים מוקדמות. כך, למשל, הפסיקה מעודדת הליך זה כאשר התובע הנגזר סבור כי פנייה מוקדמת לתאגיד היא חסרת תוחלת ולכן הוא מעוניין לפנות ישירות לבית המשפט. בסיטואציות אלו בקשת גילוי המסמכים המוקדמת היא הכלי המרכזי המאפשר לתובע הנגזר לעמוד ברף הגבוה הנדרש ממנו כדי להראות כי פנייה מוקדמת לתאגיד היא אכן חסרת ערך וכי מן הראוי לפטור אותו מהליך סרק זה.²⁰⁷

ומה לגבי תובענה נגזרת המוגשת מבלי שקדמה לה בקשת גילוי מסמכים מוקדמת? בתי המשפט בדלוור אומנם אינם דוחים תובענות כאלה על הסף, אך אופן התנהלות זה אינו רצוי בעיניהם. יתרה מזו, בתי המשפט מתייחסים בחשדנות לבקשות אישור שהוגשו בטרם מוצה ההליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת,²⁰⁸ ובמקרים המתאימים מוחקים את בקשת האישור ו"ממליצים" לתובע הנגזר לפנות בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת, על מנת שיוכל למצות את זכויותיו, ורק לאחר מיצוי של הליך זה להגיש תובענה חדשה ומבוססת. כלשונם של Saeedi & Hu:

"Delaware courts are skeptical of derivative actions filed before a shareholder first attempts to exercise its inspection rights. See *King v. VeriFone Holdings, Inc.*, 12 A.3d 1140, 1145 (Del. 2011) (discussing how Delaware courts 'strongly encourage' seeking records inspection before filing a derivative

204 עניין *Schoon*, לעיל ה"ש 183.

205 *Sandys v. Pincus*, 152 A.3d 124 ; אומץ בעניין *Rales v. Blasband*, 634 A.2d 927 (Del. 1993) (Del. 2016). בית המשפט בדלוור לא מצא פגם בכך שהתובע ביקש את המידע מבלי להתחייב כבר בעת הגשתה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת כי יגיש תביעה נגזרת (עניין *Palantir Techs.*, לעיל ה"ש 186).

206 עניין *Sec. First Corp.*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 571. קביעה זו אומצה בעניין *Seinfeld*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 120.

207 *King v. VeriFone Holdings, Inc.*, 12 A.3d 1140 (Del. 2011). עם זאת, גישה חשדנית זו אין משמעה שבית המשפט ידחה הנחות מקובלות המקילות עם התובעים הנגזרים. *White v. Panic*, 783 A.2d 543, 548–549 (Del. 2001).

action). While no Delaware court has gone as far as to require a Section 220 action prior to a derivative suit, they have at times dismissed derivative suits and simultaneously advised plaintiffs to first exhaust their inspection rights."²⁰⁹

3. הדין בדלוור אינו מאפשר לטעון נגד בקשת גילוי מסמכים מוקדמת טענות המבוססות על היקף הביקורת השיפוטית

כאמור, בתי המשפט בדלוור נוקטים גישה חיובית מאוד כלפי בקשות גילוי מסמכים מוקדמות, אך מעניין לראות עד כמה היא חיובית. לגישתם, מדובר בהליך שנועד לסייע לתובע הנגזר להתמודד גם עם טענות הגנה מהותיות שהתאגיד עשוי לטעון. כך, למשל, בשורה של החלטות נעטרו בתי המשפט בדלוור גם לבקשות גילוי מסמכים מוקדמות רחבות,²¹⁰ בין היתר כדי שבעל המניות יוכל להתמודד עם הגנת כלל שיקול הדעת העסקי שהחברה עשויה להעלות בהליך העיקרי.²¹¹ נטייה זו של בתי המשפט מעניינת במיוחד לנוכח העובדה שהדין בדלוור מאפשר לתובע הנגזר לבקש מידע שמטרתו לסייע לו בהתמודדות עם טענות הגנה מהותיות עתידיות, אך אינו מטיל עליו חובה להתמודד עם טענות אלו בשלב המקדמי של בקשת גילוי המסמכים.

כך, בעניין *Lavin*²¹² הוגשה בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לבית המשפט הצ'נסרי בדלוור בטענה לחקירת ניהול כושל (mismanagement) או התנהלות עוולתית (wrongdoing) של דירקטוריון החברה באישור עסקת מיזוג של מניות החברה. בהקשר זה פונוה הבקשה לחקירת עצמאות והעדר עניין אישי של הדירקטורים שהצביעו בעד המיזוג. בתגובה טענה החברה כי יש לדחות את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, שכן העסקה אושרה על ידי אספת בעלי המניות של החברה ברוב בלתי תלוי, עצמאי ומודע, והצבעה זו, בהתאם לדין בדלוור, מטהרת כל התנהלות עוולתית לכאורה של הדירקטורים (טענה זו מכונה גם "הגנת *Corwin*"²¹³). לכן, לטענת החברה, תנאי

Daniel R. Saeedi & Richard Y. Hu, *The Difference Between Illinois and Delaware: Shareholder Inspection Rights*, CBA REC., Apr./May 2015, at 40, 42 (ההדגשות במקור).

210 ראו, למשל, עניין *Quantum Tech.*, לעיל ה"ש 188; Henry v. Phixios Holdings, Inc., C.A. No. 12504-VCMR, 2017 WL 2928034 (Del. Ch. July 10, 2017); *Amalgamated Bank v. Yahoo!, Inc.*, 132 A.3d 752 (Del. Ch. 2016); *In re UnitedHealth Grp., Inc., Consol.*, C.A. No. 2017-0681-TMR, 2018 WL 1110849 (Del. Ch. Feb. 28, 2018).

211 Érica Gorga & Michael Halberstam, *Litigation Discovery and Corporate Governance: The Missing Story About the "Genius of American Corporate Law"*, 63 EMORY L.J. 1383, 1458 (2014).

212 *Lavin v. W. Corp.*, C.A. No. 2017-0547-JRS, 2017 WL 6728702, at *18–21 (Del. Ch. Dec. 29, 2017).

213 *Corwin v. KKR Fin. Holdings LLC*, 125 A.3d 304 (Del. 2015). יצוין כי הגנת *Corwin* אינה חלה על טענה של בזבוז משווע (waste), אך באותו מקרה לא טען המבקש לתחולת החריג, ולפיכך

התכלית הנאותה אינו מתקיים, ויש לדחות את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת. בית המשפט הצ'נסרי בדלוור דחה את טענות החברה, וקבע כי יש לעודד הגשה של בקשות גילוי מסמכים מוקדמות כאשר התובע הנגזר המיועד ניצב בפני מכשולים עתידיים צפויים, כגון הוכחת חוסר התוחלת בפנייה מוקדמת, וכאשר יש טענת הגנה מהותית צפויה, כגון הגנת Corwin. בית המשפט הצביע על מגבלות המידע המצוי בידי התובע הנגזר, וקבע כי למעשה יהיה זה תמים לצפות שתובע נגזר יהיה מסוגל להדוף את טענות החברה רק על סמך מידע פומבי וגלוי. לפיכך, וכדי לאפשר למבקש להתמודד עם טענות החברה בבוא העת, יש לאפשר לו גילוי מסמכים מוקדם.

יתרה מזו, בית המשפט הצ'נסרי קבע למעשה בעניין Lavin כי בקשת גילוי מסמכים מוקדמת אינה השלב הנכון והמתאים לבחינת טענות הגנה מהותיות העשויות לעלות בקשר לעילת התביעה שעל בסיסה הגיש המבקש את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת. בקביעה זו יש כדי להכשיר בקשות גילוי מסמכים רבות, תוך הותרת הדיון המהותי לשלב הבירור של התביעה הנגזרת גופא.²¹⁴

במילים אחרות, אף שהשלב של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת אינו השלב המתאים לבחינת טענות הגנה מהותיות שנטענות נגד המבקש, הוא יכול בהחלט לסייע לתובע הנגזר להיערך לטענות הגנה מהותיות צפויות שיועלו בהליך התביעה הנגזרת, וזאת מבלי שהמבקש יידרש להתמודד עם טענות אלו לגופן בשלב ההתדיינות הנוכחי.

פרק ז: הרהורים על הדין הרצוי

עד כה טרם נערך דיון ממצה בבעיות הנציג שמשתקפות בסטטוס של התובע הנגזר והמבקש בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת. ממילא, ההלכה הפסוקה טרם עמדה על כך שבמהלך ניהולה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת ותביעה נגזרת, בית המשפט אינו פותר את בעיית הנציג, אלא בוחן את המרתה ממקום אחד למשנהו. במילים אחרות, בית המשפט נדרש לשאול את עצמו אם הנזק שנגרם כתוצאה מבעיית הנציג של מנהלי החברה ובעלי השליטה בה עולה על הנזק שייגרם מבעיית הנציג של התובע הנגזר ומגיש הבקשה המוקדמת לגילוי מסמכים.

אנו סבורים כי המתח האמור בין בעיות הנציג השונות אמור להנחות את בתי המשפט בבואם לבחון בקשות גילוי מסמכים מוקדמות (וגם בקשות לאישור תביעה כנגזרת) וסוגיות שונות שעולות מהליכים ייחודיים אלו. מצוידים בניתוח שערכנו בפרקים הראשונים, נבחן את הסוגיות שסקרנו לעיל בפרק ה, כמו גם את ההלכה ממדינת דלוור, וניישם את התובנות שאליהן הגענו.

הגנת Corwin, אילו התקבלה, הייתה חוסמת תביעות בעילות שפורטו בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת.

214 עניין Lavin, לעיל ה"ש 212.

1. נקיטת הליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת היא מבורכת

בדומה לדין בדלוור, הנחת המוצא הרצויה היא שבקשות גילוי מסמכים מוקדמות הן מבורכות. פתיחה בהליך לאישור תובענה כנגזרת מבלי שקדם לה הליך גילוי מסמכים מוקדם היא שצריכה להתקבל בעין חשדנית, ובמקרים המתאימים אף להשליך על תוצאותיה של בקשת האישור. גישה זו, אשר שולטת בדין הדלוורי ומדגישה את החובה להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת כחלק ממיצוי הכלים שבידי התובע הנגזר, תואמת את הגישה העקרונית העולה מפסיקת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב.

כך, בעניין אמיד²¹⁵ – שבו תקף המבקש את עסקת מיזוג בזק–יס ואת הליכי האישור שלה, שהושלמו בשנת 2015 – הוגשה בקשת אישור תביעה כנגזרת מבלי שקדמה לה בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. לאחר שהמשיבים הגישו את תשובתם לבקשת האישור, ולפני שהוגשה תגובת המבקש על תשובתם, הגיש המבקש בקשת גילוי מסמכים. הבקשה התקבלה, ובהתאם הועברו לעיונו מסמכים. לאחר קבלת המסמכים הגיש המבקש את תגובתו על התשובות לבקשת האישור, אשר התבססה, בין היתר, על המסמכים החדשים שקיבל במסגרת בקשת גילוי המסמכים.

לאחר שהוגשה תגובת המבקש הגישו המשיבים בקשה למחיקת התגובה, בטענה שתגובתו כוללת טענות חדשות מרחיבות חזית. בתשובה לבקשת המחיקה טען המבקש, בין היתר, כי טענותיו התבססו על המידע שנמסר לו במסגרת הליכי גילוי המסמכים ולכן אין בהן הרחבת חזית. בית המשפט המחוזי קיבל את מרבית בקשת המחיקה. בהחלטתו אומנם לא חייב בית המשפט המחוזי את השימוש בפלי של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, אך הבהיר כי נכונותו להיעתר לבקשות לתיקון בקשות אישור תפחת ככל שהמסמכים שעליהם בקשת התיקון מבוססת היו ידועים למבקש והיה אפשר לבקשם במסגרת בקשת גילוי מסמכים מוקדמת:

“...יש לעודד מבקשים – כאשר ישנה אפשרות להשיג מסמכים לפני הגשת הבקשה – לנצל, ולא להגיש בקשה חסרה ולפנות אחר כך לבית המשפט בבקשה לתיקון בקשת האישור (או להוסיף את הטענות החדשות במסגרת התשובה לתגובות). בכך יועבר מסר למבקשים עתידיים על פיו עליהם למצות את תהליך איתור המסמכים באופן המיטבי לפני הגשת הבקשה – על ידי פנייה למשיב ובקשה של מסמכים ממנו ולאחר מכן וככל שיש בכך צורך, על ידי הגשת בקשה לגילוי מסמכים לפני הגשת התביעה... אם מדובר במסמכים שברור שהם קיימים ושיש סיכוי משמעותי שיהיה בהם כדי להשליך על בקשת המבקש – מן הראוי כי המבקש ינסה לדאוג לכך שהם יהיו בפניו עוד לפני הגשת הבקשה, בין

215 עניין אמיד, לעיל ה"ש 103.

באמצעות פנייה ישירה למשיב ובין באמצעות בקשה מכוח ס' 198א לחוק החברות.²¹⁶

דהיינו, אף שאין מניעה בדין מהגשת בקשת אישור ללא נקיטת הליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, האיום המרחף מעל ראשי התובעים הנגזרים, כפי שהביע זאת בית המשפט המחוזי, מהווה לגביהם תמריץ שלילי להגשת בקשת אישור בלי מיצוי הכלים המקדמיים המצויים באשפתם.

אנו סבורים כי ניתוח יתרונותיה וחסרונותיה של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, כפי שפורט לעיל, מוביל למסקנה כי מבקש שסבור כי אין בידיו מידע מספק, וכי מידע כאמור מצוי בידי החברה, נדרש להגיש תחילה בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. במצב זה הגשת בקשת אישור חסרה מתוך כוונה ליצוק בה תוכן בהליכי גילוי מסמכים לאחר הגשתה – וזאת רק כדי לחסום אחרים מלהגיש בקשה דומה או בניסיון לקצור מהר פירות באמצעות חתירה לפשרה שלא תיטיב עם החברה – עלולה להיחשב פעולה רשלנית ולהעמיד בספק את הטענה שטובת החברה מצדיקה את אישור התביעה הנגזרת כפי שהוגשה. לעניות דעתנו, זו הגישה הנכונה שעל בתי המשפט בארץ לאמץ בקשר לבקשות גילוי מסמכים מוקדמות. במילים אחרות, בעיית הנציג של מגישי בקשות אישור, כאשר אין בידיהם המידע הדרוש להגשת בקשת אישור מבוססת ונאותה, אינה פחותה מבעיית הנציג של מנהלי החברה ובעלי השליטה בה. אלה גם אלה מעדיפים את טובת עצמם על טובת החברה ובעלי מניותיה, ויגרמו – או עלולים לגרום – נזק לחברה ולבעלי מניותיה אם תופקד בידם השליטה בזכות התביעה של החברה.

השמרנות והחשש שחלק מבתי המשפט נוקטים מובנת. באופן דומה, בעבר, בטרם נחקק סעיף 198א לחוק החברות, התקשו בתי המשפט להכיר גם בבקשות גילוי מסמכים שהוגשו במהלך בירורה של בקשת האישור, מאותם טעמים שכיום משמשים לדחייתן של בקשות גילוי מסמכים מוקדמות. ראו, למשל, את דבריו של בית המשפט המחוזי בדחותו בקשה כזו:

“דא עקא, תנאי זה [תשתית ראייתית ראשונית] קשה ליישום, שכן הוא דורש מבית המשפט לקבוע עמדה, אמנם לכאורה, בענין קיומה של תשתית ראייתית ראשונית להוכחת קיומם של תנאי הסף לאישור תובענה נגזרת, וזאת כבר בעת הדיון בבקשה לגילוי מסמכים, עוד בטרם נדונה הבקשה לאישור התביעה הנגזרת.”²¹⁷

כיום, לאחר שבעניין **לבייב** נקבעה זכות זו במפורש,²¹⁸ ולאחר מכן עוגנה בסעיף 198א לחוק החברות, כבר אין חולק על זכותו של בעל מניות להגיש בקשת גילוי

²¹⁶ שם, בפס' 55 ו-57 (ההדגשות הוספו).

²¹⁷ ת"א (מחוזי ת"א) 1266/03 **טלבי נ' בנק הפועלים בע"מ**, פס' 4 (נבו 19.6.2006) (ההדגשה הוספה).

²¹⁸ עניין **לבייב**, לעיל ה"ש 81.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

מסמכים בבקשת האישור, ואין חולק שלבית המשפט יש הכלים להעריך גם בשלב הברור של בקשת האישור אם התובע הנגזר מילא אחר תנאי התשתית הראייתית הראשונית ותנאי הרלוונטיות. באופן דומה, אנו מאמינים כי בתי המשפט יאמצו בעתיד גישה חיובית יותר וימצאו את הדרכים לאפשר למבקש גילוי מסמכים מוקדם, כאשר הנסיבות יאפשרו זאת.

2. חובה לנקוט פנייה מוקדמת לפני הליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת

כפי שראינו לעיל, קיימת זהירות וספקנות ביחס להחלתה של חובת פנייה מוקדמת על מבקש. יש שיטענו כי הפנייה המוקדמת אינה מתאימה להליך מקדמי של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. על פי גישה זו, אין מקום ליצור שלב מקדמי נוסף ומשוכה נוספת שעל המבקש לצלוח בדרך החתחתים של מיצוי עילת התביעה של החברה. אנו סבורים כי הדין הקיים והדין הרצוי תומכים בגישה אחרת, אשר עולה לדעתנו הן מלשון החוק והן מתכלית החוק, ומהווה פתרון נכון ומתאים לבעיית הנציג של מגיש בקשה מוקדמת לגילוי מסמכים. נפרט את טעמינו.

לעניות דעתנו, קיימת חובה בלתי מסויגת לפנות לחברה לפני נקיטת הליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת.²¹⁹ חובה זו נובעת מלשון סעיף 198א לחוק החברות, המתירה להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת רק למי שרשאי להגיש תביעה נגזרת לפי סעיף 197 לחוק החברות, הקובע כך:

- "תובע רשאי להגיש תביעה נגזרת באישור בית המשפט לפי הוראות סעיף 198, אם התקיים אחד מאלה:
- (1) הפעולה שננקטה או ההחלטה שנתקבלה לפי סעיף 195(1) לא השמיטה, לדעתו, את עילת התביעה;
 - (2) החברה דחתה את דרישת התובע כאמור בסעיף 195(2);

219 יצוין כי עמדה זו אינה נהנית מתמימות דעים. יעל ארידור בר-אילן סבורה כי אין חובת פנייה מוקדמת בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת. גם היא אומנם סבורה כי יש להחילה במידה מסוימת, אך אינה מפרטת מהו ההסדר המתאים והראוי מבחינתה. ראו יעל ארידור בר-אילן "גילוי מסמכים" כזירת הקרב המרכזית בהליכי תובענה נגזרת "קרית המשפט" (צפוי להתפרסם). זמיר וברנאייזון וכן עמית סבורים אף הם כי אין עיגון בחוק החברות לחובת הפנייה המוקדמת בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת, ומבקשים להשתית על תק' 120 לתקנות הישנות. ראו זמיר וברנאייזון, לעיל ה"ש 67; יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים: הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 150 (2021). לעמדתנו, הקושי בעמדה זו כפול. ראשית, בהתאם לתקנות החדשות אין חובה לפנות לצד שכנגד, ועל כן נשמט הבסיס מתחת לעמדה זו. שנית, ולעיצומו של עניין, הפנייה לפי תק' 120 לתקנות הישנות אינה זהה לפנייה המוקדמת. בעל הדין אינו נדרש לשטוח בה את טענותיו ולאפשר לצד האחר להגיב עליהן. תחת זאת, בעל הדין מפרט רשימת מסמכים לקונית ודורש מהצד האחר לגלותם. ספק אם הסדר זה יכול לרפא את הפגמים ואת בעיית הנציג שתוארה לעיל.

- (3) החברה הודיעה לתובע כי החליטה להגיש תביעה, כאמור בסעיף 195(3), אך התביעה לא הוגשה בתוך שבעים וחמישה ימים מיום ההודעה;
 (4) החברה לא השיבה לדרישה בהתאם להוראות סעיף 196;
 (5) התובע פטור מהגשת דרישה לחברה לפי הוראות סעיף 194(ד)."

סעיף זה פועל תחת ההנחה שהתובע הנגזר נקט פנייה מוקדמת לחברה – אשר סעיפים 195–196 לחוק החברות קובעים את האופן שבו על החברה להשיב עליה – ושהחברה פעלה באופן שלא שמת את עילת התביעה²²⁰ או לחלופין שהמבקש היה פטור מהפנייה המוקדמת מלכתחילה בהתאם להוראות סעיף 194(ד) לחוק החברות. בהתאם לכללים של פרשנות החוק, מלאכת פרשנותו של חוק נשענת על לשון החוק, ועליה ליתן לחוק רק משמעות שלשונו יכולה לשאת.²²¹ לשון החוק קובעת את גבולותיה של הפרשנות, ורק אם גבולות אלו כוללים משמעויות אפשריות שונות, יש לבחון גם את תכליתה של החקיקה. עם זאת, כאשר הלשון ברורה ואינה טומנת בחובה פרשנויות שונות, אין מקום להידרש לשאלות פרשניות.²²² לכן בענייננו, שבו הלשון פשוטה, ברורה ואינה טומנת בחובה כמה פרשנויות, עולה מסקנה ברורה שקיימת חובת פנייה מוקדמת.

הפנייה המוקדמת נועדה לאפשר למוסדות החברה לקבל החלטה עצמאית בטרם יישלל מהם שיקול הדעת. זאת, בין היתר, לנוכח כלל אי-ההתערבות,²²³ ולנוכח ההנחה שמדובר בהחלטה עסקית ושכחזו אין בה לבית המשפט יתרון על מוסדות החברה.²²⁴ יתרה מזו, בכוחה של הפנייה המוקדמת למקד את גדר המחלוקת בין הצדדים.²²⁵ בהתאם לכך, ההלכה הפסוקה קבעה כי דרישת הפנייה המוקדמת היא דרישה מהותית וחשובה שבלעדיה לא תיכון תביעה נגזרת (אלא במקרים שבהם יש פטור מכך).²²⁶ תכלית החקיקה, שלפיה יש להותיר את הסמכות ושיקול הדעת בידי מוסדות החברה (למעט במקרים החריגים שבהם פטור המחוקק את המבקש מראש), יפה גם לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת. גם מחלוקת על מסירת מסמכים יכולה לערב שיקולים עסקיים, כגון הערכת עלות-תועלת, ולהשפיע על קשרים עסקיים (למשל, עם צדדים המופיעים במסמכים המבוקשים) ועל המוניטין של החברה (שעשוי לנוע לאורך המקשת שבין חברה שאינה יודעת לשמור סוד לבין חברה שאינה שקופה לפני בעלי מניות, דירקטורים, נושים וכדומה). כמו כן, גם פנייה מוקדמת לפני הגשת בקשת גילוי מסמכים

220 ראו עניין ספיר, לעיל ה"ש 133, בפס' 16; תנ"ג (כלכלית ת"א) 12839-08-12 בן לביא נ' העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים, פס' 116 (נבו 20.10.2015).

221 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות החקיקה 81–82 (1993).

222 ע"א 450/17 אס.בי.אן הלבשה בע"מ נ' רשות המיסים, פס' 7 לפסק הדין של השופט מינץ (אר"ש 29.10.2019).

223 ראו, לדוגמה, ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט (1) 673, 689 (2004).

224 עניין מנשה, לעיל ה"ש 57, בפס' 34.

225 תנ"ג (כלכלית ת"א) 46924-05-11 דרין נ' פתאל, פס' 100 (נבו 4.9.2012).

226 שם.

מוקדמת עשויה לסייע במיקוד המחלוקות בין הצדדים. כך, למשל, ייתכן שהחברה תסכים למסור חלק מהמסמכים ותפרט את טעמיה ביחס לחלק אחר. במצב דברים זה איננו סבורים שיש הצדקה לפטור את מגיש הבקשה המוקדמת לגילוי מסמכים מפנייה מוקדמת לחברה, אשר עלותה זניחה ותועלתה עשויה להיות לא מבוטלת.²²⁷

גם בראי בעיית הנציג אין מקום לפטור את המבקש מפנייה מוקדמת. למבקש עצמו יש בעיית נציג, ואין מקום להעניק לו עדיפות א־פריורית על מוסדות החברה בבחינת הצורך לשקול את בקשתו. כאמור לעיל, אחת מבעיות הנציג של המבקש – המשותפת הן לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת והן לבקשת אישור תביעה כנגזרת – מתבטאת בצורך להקדים אחרים ולהגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת ככל האפשר על מנת לא לאבד את הבכורה לבקשה אחרת. צורך זה עלול לפתות את התובע לטעון כאילו האורגן המחליט על הגשת התביעה ומתן המידע נגוע, וכך לנסות לדלג על השלב החשוב של פנייה מוקדמת ולהגיש מייד את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת. אין אפוא הצדקה להבחין בסוגיה זו בין המבקש בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת לבין המבקש בבקשת אישור התביעה כנגזרת, ולפטור את האחד מחובה שמוטלת על חברו.

אכן, כפי שראינו לעיל, גם הדין הנוהג בדלוור דורש מן המבקש לנקוט פנייה מוקדמת לפני תחילת המרוץ לבית המשפט. במקרה זה ניטיב לעשות אם נטה אופן למקור מכובד זה, שהיווה מקור השראה לרבים מדיני החברות במדינת ישראל.

בהתאם, אנו סבורים כי כדי להתגבר על בעיית הנציג הנדונה, וכדי לתמרץ מבקשים לפנות תחילה לחברה ולאפשר לה למצות את שיקול דעתה ביחס לטענות המועלות נגד נושאי המשרה ובעלי השליטה ולמקד את המחלוקת בין הצדדים, יש לקבוע חובת פנייה מוקדמת לחברה.

זאת ועוד, אנו סבורים כי במקרה של תחרות בין מבקשים, יש לקבוע כי פנייה מוקדמת לחברה **כהלכתה** תגבר על בקשת גילוי מסמכים מוקדמת שהוגשה קודם לכן אך ללא פנייה מוקדמת. ניצנים לגישה זו ניתן למצוא בפסק דין של בית המשפט המחוזי שקבע כי מכתב פנייה מוקדמת מהווה חלופה לבקשת גילוי מסמכים מוקדמת, ובמידת הצורך יוכל לגבור עליה.²²⁸ אנו מציעים גישה שלפיה מכתב פנייה מוקדמת אינו דרך חלופית, אלא צעד מקדים.²²⁹ לגישתנו, וכפועל יוצא מן האמור לעיל, אנו סבורים כי יש

227 בשנת 2020 הלך גם בית המשפט כבדת דרך לקראת עמדה זו, כאשר סילק בקשת גילוי מסמכים מוקדמת בשל העדר פנייה מוקדמת. אולם תחת קביעת כלל גורף, קבע בית המשפט כי בנסיבות מסוימות יש לנקוט פנייה מוקדמת לחברה. עניין **חמר פטרוליום**, לעיל ה"ש 133. גם בית המשפט העליון נטה לגישה המוצעת על ידינו (אף שהוא לא נדרש לדון בה בנסיבות המקרה שהובא לפניו), כעולה מעניין **ברוך**, לעיל ה"ש 62, בפס' 14.

228 עניין **סטרונגו**, לעיל ה"ש 104, בפס' 45–46. לעמדה שונה ראו עניין **סיני**, לעיל ה"ש 104, בפס' 30. 229 ראיית מכתב הפנייה המוקדמת כצעד מקדים הכרחי שוללת את ביקורתו של בית המשפט המחוזי בעניין **סיני**, שם, שלפיה אי־אפשר להתחיל את המרוץ ממכתב הפנייה, בהעדר דרישה לקיומה של תשתית ראייתית במכתב הפנייה. נהפוך הוא, אם נשתמש במשל המרוץ של בית המשפט המחוזי הנכבד, לגישתנו, בהעדר מכתב פנייה מוקדמת, המשתתף "לא נרשם" למרוץ, ובוודאי אין הוא יכול

לתת למכתב פנייה מוקדמת מעמד ומשקל כאילו הוגשה באותו מועד בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, על כל המשתמע מכך. מטבע הדברים, על מכתב הפנייה מוקדמת יחולו גם כללי התחרות שנדרשו לעיל בהרחבה, ובפרט השיקול הטכני והשיקול האיכותי. סוגיה אחרת שעשויה לעלות היא שחובת פנייה מוקדמת תאפשר לבעלי השליטה ולנושאי המשרה בחברה לבחור מבקש ש"נוח" להם יותר להתמודד מולו (או לשתף עימו פעולה). בכך גורמים בחברה עלולים לשיקול שיקולים זרים ולקעקע את עילת התביעה הנגזרת. במילים אחרות, הטלת חובת פנייה מוקדמת תיצור חשש ל"שופינג" של תובעים פוטנציאליים. אי-אפשר לבטל במחי יד חשש זה. עם זאת, אנו סבורים כי אין בכך כדי לקעקע את חובת הפנייה המוקדמת (שנקבעה כאמור על ידי המחוקק, לגישתנו), מכמה טעמים:

ראשית, כלל זה קיים ביחס לתובעים נגזרים. החשש מפני "שופינג" אינו שונה בין מבקשים בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת לבין מבקשים בבקשת אישור תביעה כנגזרת. המחוקק אמר את דברו, ובהתאם לדין הקיים איננו רואים מדוע נכון להבחין ביניהם.

שנית, החשש האמור הוא מפני קבלת החלטה בחוסר תום לב או בניגוד עניינים של ממש. ברם, החובה לנקוט פנייה מוקדמת היא רק כאשר אין ניגוד עניינים של מרבית הגוף שמקבל את ההחלטה על אודות היעדרות לבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. ממילא, במצב הדברים הרגיל חשש זה אינו מתעורר, וכאשר החשש מניגוד עניינים קם, המחוקק פטר את המבקש מלכתחילה מהחובה לנקוט פנייה מוקדמת.

שלישית, קביעת חובת פנייה מוקדמת תביא בהכרח לידי שילובה במסגרת כללי התחרות בין בקשות מתחרות שמוגשות באופן בו-זמני. חזקה שתחרות בין מכתבי פנייה מוקדמת תגיע לפתחו ולהכרעתו של בית המשפט. החלטת החברה בסוגיה זו תעבור את שבט ביקורתו של בית המשפט, אשר במקרים המתאימים יכול להעדיף מכתב פנייה אחד על רעהו. הכפפת תהליך זה לביקורת שיפוטית מצמצמת בצורה משמעותית את החשש מפני "שופינג".

החלטתם של מוסדות החברה להעדיף פנייה מוקדמת אחת על רעותה, וההחלטה אם להיעתר לפנייה מוקדמת מסוימת אם לאו, הן החלטות עסקיות. אם הן התקבלו בחוסר תום לב או בניגוד עניינים, הן לא יהיו חסינות מפני ביקורת שיפוטית מהותית, ובית המשפט יבחן את ההחלטות לגופן. אנו סבורים כי יש בכך כדי לענות על החשש האמור ולהצדיק את חובת הפנייה המוקדמת.

3. תחולה מצומצמת של טענות מהותיות בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת

ראינו לעיל כי בדלוור מאפשרים לתובע נגזר פוטנציאלי להגיש בקשת גילוי מסמכים מוקדמת מבלי שיידרש ממנו להתמודד במסגרת בקשה זו עם טענות הגנה מהותיות, כגון כלל שיקול הדעת העסקי. הסיבה לכך פשוטה – על פי רוב אין לתובע נגזר יכולת

לדלג על שלב הרישום ולהתחיל את הריצה תוך ניצול העובדה שיתר המתחרים נאלצו להירשם והפסידו זמן יקר.

אמיתית להדוף טענות כאלה על סמך מידע פומבי וגלוי, ולכן דרישה מעין זו עלולה ליצור מעגל קסמים שיוביל לדחייתן של בקשות גילוי מסמכים מוקדמות ראויות. לעניות דעתנו, את ההלכה הזו מהדין בדלוור – אשר הולכת כבדת דרך ארוכה לטובת התובע הנגזר – יש להחיל גם בדין הישראלי.

על כן, לעמדתנו, ובדומה לדין הנוהג במדינת דלוור, אם אי-אפשר להכריע במחלוקת באופן פשוט, מהיר ויעיל, אזי אין להידרש לטענות אלו בשלב כה מקדמי. גישה זו אוזכרה בפסיקת בית המשפט המחוזי,²³⁰ וקיבלה משנה תוקף לאחר מכן בקביעת בתי המשפט כי אין בכוונתם להידרש למלוא הסוגיות והטענות שהעלו הצדדים.²³¹ אומנם, וכפי שהראינו לעיל, קיימת גם גישה שלפיה יש לדון בכלל שיקול הדעת העסקי כבר במסגרת הדיון בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת.²³² עם זאת, באותו מקרה לא הייתה מחלוקת אמיתית על העדר תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי, כך שבדין נדרש אליו בית המשפט כבר באותו שלב. מכל מקום, יש היגיון רב במגמה המבקשת להימנע מדיון בסוגיות מהותיות ומורכבות – כגון תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי – כבר בשלב מוקדם זה, שכן טענות אלו נוגעות בעצם העסקה או הפעולה העומדת לבחינה אפשרית, ולא ביתרונות ובחסרונות הגלומים במתן גילוי המסמכים למבקש.

יתר על כן, כמפורט לעיל, בשלב של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת החשש הוא לא מפני שימוש לרעה בכוח התביעה, אלא מפני שימוש לרעה במסמכים שיימסרו למבקש. בהתאם, טענות הגנה מהותיות המכוונות לעילת התביעה אינן מסייעות בפתרון בעיית הנציג של המבקש או של המשיבים (הנתבעים הנגזרים), ולכן אין בטענות אלו תרומה להליך. טענות מהותיות אלו יזכו בדיון מעמיק אם וכאשר יבחר המבקש להגיש תביעה נגזרת על בסיס המסמכים שקיבל, שאז יהיה בהם כדי להתמודד עם בעיות הנציג של התובע הנגזר והמשיבים (הנתבעים הנגזרים).

לכן, לשיטתנו, ובהתאמה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין **בנסון**, יש לדון בטענות הגנה אלו רק כאשר אין מחלוקת על העובדות שבבסיסן. קיומה של מחלוקת בשלב מקדמי שבמקדמיים זה מצדיק את דחיית בירורן של הטענות לשלב בירורה של בקשת האישור לגופה, ככל שתוגש.

230 עניין **הרפז**, לעיל ה"ש 143.

231 גישה זו ננקטה לראשונה בתיקים של בקשות גילוי מסמכים מוקדמות בעניין **אקסטל**, לעיל ה"ש 104, בפס' 21, ובתנ"ג (כלכלית ת"א) 32302-11-17 ק.ר.ג.א. בע"מ נ' **גן שמואל מזון בע"מ**, פס' 54 (נבו 31.12.2019) (להלן: עניין **קרנא** 2019), ואושרה הלכה למעשה בעניין **קרנא** (2020), לעיל ה"ש 111, בפס' 29.

232 עניין **בנסון**, לעיל ה"ש 4.

4. צמצום המקרים שבהם חוסר תום לב של המבקש משמש עילה לדחייתו של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת

ראינו לעיל כי הפסיקה בארץ מצאה בסיטואציות רבות אינדיקציות לחוסר תום לב של המבקש, באופן שגרם לדחיית בקשתו המוקדמת לגילוי מסמכים ללא בחינת טענותיו לגופן. ודוק, באופן חריג ניסח המחוקק את תבחין תום הלב בתביעות נגזרות (והדבר משליך כמובן גם על בקשות גילוי מסמכים מוקדמות) על דרך השלילה – "התובע אינו פועל בחוסר תום לב".²³³ לניסוח זה ניתנו כמה הסברים ונפקויות.²³⁴ לענייננו חשובה נפקות אחת, שאותה היטיבה לנסח פרופ' צפורה כהן:

"הניסוח של דרישת תום הלב בדרך נגטיבית – 'התובע אינו פועל בחוסר תום לב' – ולא בדרך פוזיטיבית – 'התובע פועל בתום לב' – מלמדת על כך שמי שטוען להיעדרו של תום לב מצד התובע צריך להביא לפני בית המשפט ראיות, לפחות לכאורה, הפוגמות בתום לבו של התובע, ואז יהיה על התובע להוכיח לבית המשפט כי אין הוא פועל בחוסר תום לב."²³⁵

אכן, גישה זו, שטעמיה נטועים היטב בלשון החוק הישראלי, ואשר נהוגה גם בדיון האמריקני,²³⁶ אומצה על ידי בית המשפט המחוזי בהחלטות רבות.²³⁷ יתר על כן, קביעה שיפוטית כי ניתן לדחות בקשת גילוי מסמכים מוקדמת על סמך טענות בדבר חוסר תום לב בלבד תניע נתבעים נגזרים פוטנציאליים להסיט את הדיון אל תום ליבם של המבקשים, ובכך למנוע למעשה דיון בהתנהלות של התאגיד ושל נושאי המשרה ובעלי השליטה בו, וזאת בניגוד לאינטרס הציבורי בקיומו של דיון זה.²³⁸ ההשלכות החמורות של דחיית תביעה נגזרת נלמדות גם מהשוואה להסדר בתובענות ייצוגיות. בתובענות ייצוגיות, אם בית המשפט מוצא כי התובע המייצג ובאי כוחו אינם יכולים לייצג בצורה הוגנת ובתום לב את הקבוצה, הוא רשאי להחליפם.²³⁹ לעומת זאת,

233 ס' 198 (א) לחוק החברות (ההדגשה הוספה).

234 נפקות אפשרית, לדוגמה, היא שבמקרי גבול תיטה הכף לטובת המבקש. עניין טל, לעיל ה"ש 133, בפס' 4.

235 צפורה כהן בעלי מניות בחברה: זכויות תביעה ותורפות כרך ג 517 (מהדורה שנייה, טובה אולשטיין עורכת 2010).

236 ראו, למשל, Smallwood v. Pearl Brewing Co., 489 F.2d 579 (5th Cir. 1974).

237 ראו, לדוגמה, תנ"ג (מחוזי מר') 22387-05-15 שילוני נ' וילר, פס' 353 (נבו 16.6.2019); תנ"ג (כלכלית ת"א) 47683-11-14 ביואסוסיאט ייעוץ וניהול בע"מ נ' לוי (נבו 26.5.2016); תנ"ג (כלכלית ת"א) 53969-07-13 שלם נ' בר ניב, פס' 48 (נבו 8.7.2015); תנ"ג (כלכלית ת"א) 20136-09-12 ביטון נ' פאנגאיה נדל"ן בע"מ (נבו 21.10.2013); תנ"ג (מחוזי מר') 11266-07-08 שטבינסקי נ' פסיפיקה אחזקות בע"מ, פס' 81 (נבו 8.4.2013).

238 עניין ש.א.מ.ג.ר., לעיל ה"ש 75, בפס' לט ו-ימב לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

239 ס' 8(ג)1 לחוק תובענות ייצוגיות.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב בקשת גילוי מסמכים מוקדמת לפי סעיף 198א לחוק החברות

בחוק החברות אין אפשרות להחליף תובע נגור, ועל כן קביעה כי המבקש לוקה בחוסר תום לב עלולה לדון את התביעה לשבט.²⁴⁰ יתר על כן, ההשוואה לדין הדלוורי – שבו העילות לפסילתה של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת מצומצמות במידה משמעותית מהעילות שהוכרו במשפט הישראלי – מאתגרת בהחלט את הקלות היחסית שבה בתי המשפט בארץ דוחים בקשות גילוי מסמכים מוקדמות על בסיס העדר תום לב של המבקש.

לנוכח טעמים אלו אנו סבורים, בדומה לגישתו של בית המשפט המחוזי בעניין **גזית-גלוב**,²⁴¹ כי אין לפסול בקשת גילוי מסמכים מוקדמת רק על סמך חוסר תום לב, וכי יש לבחון טענות בדבר התנהלות המבקש או מניעיו המשווערים על רקע החשיבות הציבורית בבירור טענותיו, ולבדוק אם תום הלב נוגע בשורשה של בעיית הנציג של המבקש באותו שלב דיוני. זוהי הצעה "לשדרג" את "מקבילית הכוחות" שבחן בית המשפט המחוזי בעניין **גזית-גלוב**, שבמסגרתה איזן בית המשפט בין האינטרס הציבורי בבחינת הבקשה לבין הטענות המועלות כנגדה על ידי המשיבים.

בהקשר זה חשוב לזכור כי בסופו של יום, בשלב של בקשת גילוי המסמכים המוקדמת, כל שמתבקש הוא גילוי מסמכים – הא ותו לא. אין מדובר בתביעה הנגזרת גופא. במצב דברים זה, ובשל הרף הראייתי הנמוך שעל המבקש לעמוד בו, שהוא מהמקילים במשפט האזרחי, אנו סבורים כי הפרשנות הנכונה, המגשימה באופן הנכון ביותר את כוונת המחוקק, היא שיש לפסול בקשת גילוי מסמכים מוקדמת רק במקרים שבהם הוכח חוסר תום לב **קיצוני**, הנובע מניגוד עניינים ישיר שיש בו כדי ללמד על **שימוש באותם מסמכים למטרה זרה**. כך יש לנהוג, למשל, כאשר הגילוי מתבקש כדי לעשות במסמכים המבוקשים שימוש לרעה נגד המשיבים בהליך משפטי **קונקרטי** שהמבקש יזם נגד המשיבים; כאשר המבקש מעוניין לעשות שימוש במסמכים לקראת תובענה ייצוגית המכוונת נגד החברה; במקרים שבהם האינטרס הציבורי בבירור הטענות אינו משמעותי; או כאשר המסמכים מתבקשים ממניעים של נקמה ורצון לפגוע בצדדים שלישיים הקשורים לחברה.²⁴²

המלצתנו זו מתכתבת עם בחינתה של בעיית הנציג. כאמור, בעיית הנציג הרלוונטית לענייננו – זו של מגיש הבקשה לגילוי מסמכים – היא ניצול לרעה של המסמכים שיועברו לעיונו. בכך על בית המשפט למקד את בחינתו כאשר מוגשת להכרעתו בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. כדי ליצור הסדר מאוזן, וכדי להתמודד עם בעיית הנציג הקיימת כאשר מתגלה כי אכן יש ניגוד עניינים ישיר והמבקש מצוי בבעיית נציג חמורה, איננו

240 תנ"ג (כלכלית ת"א) 20087-11-11 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' חמו**, פס' 37–38 (נבו 14.6.2012); תנ"ג (כלכלית ת"א) 27111-08-14 **עוזי נ' א. דורי בניה בע"מ**, פס' 16 (נבו 18.9.2017).

241 עניין **גזית-גלוב** (מחוזי), לעיל ה"ש 139.

242 באופן דומה דחה בית המשפט המחוזי על הסף בקשה לאישור תובענה ייצוגית, מן הטעם שהיא הוגשה מטעמי נקם. ת"צ (מחוזי ת"א) 31028-09-18 **סטמק נ' ניוקום סוכנות לביטוח פנסיוני (2004) בע"מ**, פס' 15 (נבו 24.6.2019).

שוללים אפשרות לקיים דיון בסוגיה זו עוד בטרם הוגשה תשובת החברה. בדרך זו יהיה אפשר להימנע מן הפגיעה האפשרית בחברה עקב **עצם** הגשת התשובה לבקשת גילוי המסמכים המוקדמת, בהינתן שתשובה זו חשופה כזכור באופן פוטנציאלי לכל מגיש בקשת עיון.²⁴³

במובן זה אנחנו מציעים להתאים את הלכת **בובליל** הידועה²⁴⁴ – שחלה גם בתקנות החדשות,²⁴⁵ ואשר לפיה ככל שיש סיכויים רבים לטענה המקדמית, וככל שהעלויות לגיבוש התשובה גבוהות, כן יש לדון בבקשה המוקדמת לפני הגשת התשובה – לנסיבות הייחודיות של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת. על פי התאמה זו, לא יהיה צורך להראות דווקא עלויות רבות בהכנת התשובה, אלא די יהיה בהצגת הנזקים שייגרמו מעצם הגשתה.

במילים אחרות, כאשר עיני הציבור מכוונות כלפי הנציג, וכאשר אין חשש לניגוד עניינים אינהרנטי שעלול ליצור שימוש לרעה במסמכים שיימסרו לו, אין מקום לדחות א-פריוורית את בקשת גילוי המסמכים המוקדמת של המבקש ללא בחינה של טענותיו לגופן. לעומת זאת, כאשר החששות האמורים מתקיימים, וככל שהחברה המשיבה תוכל להעמיד תשתית לביסוס הנזקים שייגרמו לה מעצם הגשת התשובה, יוכל בית המשפט לדון בבקשה לסילוק על הסף ולבחון את החששות האמורים בטרם הוגשה התשובה, וזאת בהשראת הלכת **בובליל**.

נציין בהקשר זה כי יש שיטענו כי יישום הלכת **בובליל** בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות עלול לסרב את ההליך – בניגוד לתכליתו – וליצור כביכול, הליך בן ארבעה שלבים: (1) בקשה לסילוק בקשת גילוי המסמכים על הסף; (2) בקשת גילוי המסמכים; (3) בקשת אישור תביעה כנגזרת; (4) בירור התביעה הנגזרת לגופה. לטעמנו, אין ממש בטענות אלו מכמה סיבות:

ראשית, כפי שפירטנו לעיל, הלכת **בובליל** תיושם, לשיטתנו, רק במקרים חריגים שבהם יש חוסר תום לב קיצוני הנובע מחשש לניגוד עניינים אינהרנטי וישיר. הדעת נותנת כי מקרים אלו יהיו מעטים, והנטל המוטל על המשיבים בסוגיה זו יהיה לא מבוטל.

שנית, בהתאם לתקנות החדשות – אשר חלות על הליכים של בקשות גילוי מסמכים מוקדמות – למבקש אין זכות מוקנית להגשת בקשה ולקבלת תשובה. בעוד שבתקנות הישנות אימתן זכות תשובה נתפס כעיוות דין,²⁴⁶ בתקנות החדשות בית המשפט רשאי לדחות את התשובה מייד, ורק במקרים שבהם הוא סבור כי הבקשה מצריכה תשובה, המשיב רשאי להגיש את תשובתו.²⁴⁷ הנה כי כן, בהתאם לדין דהיום, אין למגיש בקשה

243 עניין **גולובינסקי**, לעיל ה"ש 168.

244 עניין **בובליל**, לעיל ה"ש 5.

245 ע"א 3284/19 **שיף הזנפרן נאמנים (2004) בע"מ נ' בר**, פס' 22 (אר"ש 31.1.2021).

246 רע"א 9154/12 **מצפה ארסוף בע"מ נ' הנאמן לנכסי סופר**, פס' 9 (אר"ש 9.6.2013).

247 תק' 50(2)–50(3) לתקנות החדשות. לדחיית בקשה לסעדים זמניים אף ללא צורך במתן תשובה ראו

ת"א (מחוזי י-ם) 45309-04-21 **אבירדור נ' יו"ר דירקטוריון קק"ל** (נבו 21.4.2021).

אינטרס הסתמכות סביר או זכות מוקנית שבקשתו תידון, ולא תידחה על הסף. ממילא, החלת הלכת בובליל כיום אינה גורעת מהזכויות הקיימות של המבקש. **שלישית**, הפעלה מושכלת של הלכת בובליל תמנע עיסוק עקר בבקשות גילוי מסמכים מוקדמות שהוגשו בחוסר תום לב משווע. סילוקן על הסף יחסוך משאבים רבים – הן של הצדדים להליך והן של מערכת בתי המשפט. נהפוך הוא, טענה כאילו יש לברר עד תום כל בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, גם אם יש "דגלים אדומים" מובהקים שמתנוססים מעליה, תוביל לחוסר יעילות, ואף לנזקים בגין עצם הצורך בהגשת תשובה לבקשת גילוי המסמכים המוקדמת, אשר ספק אם ניתן לרפא. **רביעית**, הניסיון מלמד כי השימוש בהלכת בובליל חוסך משאבים, ולא להפך. כך, לאחרונה עשה בית המשפט המחוזי שימוש בהלכת בובליל, וזאת בהתאם למבחנים כלליים שנשאבו מהדין הכללי,²⁴⁸ ועיון במערכת "נט המשפט" מלמד כי סמוך לכך נמחק ההליך. דומה אפוא כי השימוש בהלכת בובליל חסך באותו מקרה משאבים יקרים. הניסיון והמציאות תומכים אפוא בגישתנו.

5. תשתית ראייתית ראשונית – פתרון ראוי לקושי אינהרנטי

כאמור לעיל, הגדרת התשתית הראייתית הראשונית (למצער, לגבי עילת התביעה) היא חמקמקה ומאתגרת. עם זאת, באמצעות צירוף של הדין הנוהג בדלוור עם ההלכה הפסוקה בישראל נוכל כעת לחדד את הגדרתה של דרישה מקדמית זו ואת האופן שבו יוכל בית המשפט לקבוע אם המבקש עמד בה אם לאו. כידוע, על המבקש לעמוד ברף ראייתי של תשתית ראייתית ראשונית. זהו רף נמוך, אולם יש לעמוד בו. הדין בישראל לא הגביל את האופן שבו ניתן לעמוד בדרישה זו, ולכן אנו סבורים, בדומה לגישת הדין בדלוור, כי ניתן להוכיח את קיומה של תשתית כאמור בכל האמצעים העומדים לרשות המבקש, לרבות מסמכים, היגיון צרוף ועדויות (אולם יש לתת את הדעת שבשלב זה אין זה ראוי לערוך חקירות מקיפות ומסעות דיג). אין לכחש שחלק מהמידע מצוי בידי החברה, וקיים חשש שמא החברה מסתירה מידע זה כדי להכשיל בקשות גילוי מסמכים מוקדמות מוצדקות. כיצד אם כן ינהג בית המשפט לנוכח חשש זה?

דרך אחת להתמודד עם החשש היא הורדת הרף הראייתי הדרוש לחשד גרידא, באופן שיטיל על החברה הלכה למעשה את נטל ההוכחה לסתור את טענות המבקש. אלא שהדין בדלוור דחה גישה זו, ודומה כי טעמיו נכוחים ויפים גם לדין בישראל: הורדת הרף והסטת הנטל אל החברה מנוגדות למושכלות ראשוניים, שלפיהם "המוציא מחבירו עליו הראיה",²⁴⁹ ועלולות לסייע בידי מבקשים חסרי תום לב לעשות שימוש לרעה בבקשת גילוי מסמכים כדי לקבל מידע על החברה באמצעות העלאת חשדות חלולים וקונספירטיביים ללא ראשית ראיה.

248 תנ"ג (כלכלית ת"א) 7676-04-20 מיטב דש השקעות בע"מ נ' אפשטיין (נבו 7.8.2020).

249 בבלי, בבא קמא מו, ב.

דרך **אחרת** להתמודד עם החשש האמור הוצעה בעניין **קרנא**.²⁵⁰ לפיה חזקת התקינות לא תעמוד לימין החברה אף שסוגיה מסוימת לא הוכחה על ידי המבקש. אנו מציעים לצקת תוכן בקביעה חשובה זו: המשמעות המעשית של הצעתנו היא שבית המשפט יפשיל את שרוליו ויורה לחברה להגיש את המסמכים המבוקשים במעטפה סגורה לעיונו של בית המשפט בלבד (**ולא של המבקש**) עובר לקבלת ההחלטה בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת (בדומה לעמדת בית המשפט המחוזי בעניין **נשר**²⁵¹). בדרך זו יצמצם בית המשפט את פערי המידע לטובת החברה ובעלי מניותיה במצב שבו מצד אחד המבקש לא הוכיח את הדרוש, אך מצד אחר החברה אינה נהנית מחזקת התקינות. במצב זה קיימת אי-בהירות עובדתית לגבי קיומה של עילה, ובידי החברה לפתור אותה על ידי העברת המידע הנדרש לבית המשפט. בדרך זו בית המשפט רשאי ליטול על עצמו חלק פעיל יותר בקידום דיון ראוי והוגן ולהגשים בכך את עקרונות היסוד של סדר הדין האזרחי.²⁵²

מסלול זה מבטיח שהמבקש לא ייחשף למסמכים לפני החלטת בית המשפט בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת, ובכך יש כדי להפיג את חששה של החברה מפני חשיפת המסמכים בטרם הכריע בית המשפט כי עליה לחושפם.²⁵³ מצד אחר, באמצעות המסמכים הרלוונטיים בית המשפט יכול לבחון אם אכן יש תשתית ראייתית ראשונה, ומתקיים דיון המקדם את האינטרס הציבורי הגלום בבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. בכך יש מענה לבעיית הנציג – הן של המבקש והן של נושאי המשרה ובעלי השליטה בחברה.

אכן, **בדין הקודם** יש קושי של ממש בהפעלת סמכות זו, מן הטעמים שעליהם עמד בית המשפט העליון בעניין **נשר**, בין היתר משום שקבלת מסמכים בדרך זו אפשרית כדי להכריע בשאלת חיסיון, ולא בשאלת התקיימותם של תנאי סעיף 198א לחוק החברות. בהקשר זה אי-אפשר להתעלם מהחשש שבית המשפט ייחשף למסמכים שאלמלא טענת החיסיון הוא לא היה נחשף אליהם, ושעצם העיון בהם יטה את הכף לטובת היעדרות לבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. תוצאה זו עלולה להוות אפקט מצנן מפני העלאת טענות חיסיון.

ברם, **בתקנות החדשות** הורחבו סמכויותיו של בית המשפט ביחס לניהול ההליך המשפטי ולהגשמת מטרותיו.²⁵⁴ לצורך מימוש אחריותו, אצל מחוקק המשנה לבית

250 עניין **קרנא** (2020), לעיל ה"ש 111, בפס' 28.

251 עניין **נשר** (2014), לעיל ה"ש 162, בפס' 6.

252 ראו תק' 2–5 לתקנות החדשות.

253 ראו עניין **מלאכי**, לעיל ה"ש 133. מאותם טעמים קבע בית המשפט המחוזי כי בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת לא יחולו הוראות תק' 75 לתקנות הישנות, הקובעות כי בעל דין יצרף לכתב טענותיו העתק של כל המסמכים שהוא אזכר בכתב טענותיו, שהרי החלתן בהליך הייחודי של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת תשמוט את הקרקע מתחת להליך ותעניק למבקש את המסמכים שהוא מבקש ללא בחינת זכאותו. עניין **קרנא** (2019), לעיל ה"ש 231, בפס' 5–8.

254 תק' 3(א) רישא לתקנות החדשות.

המשפט סמכויות רחבות לניהול המשפט.²⁵⁵ בתקנות החדשות בית המשפט מוסמך להורות לבעל דין להעביר לעיונו מסמכים מבלי שהמבקש יהא חשוף אליהם, וזאת ללא תלות בטענת חיסיון או בכל טענה אחרת שבעל הדין עשוי לטעון, בלא קשר לשלב שבו הבקשה נמצאת (שלב הגילוי או שלב העיון), ואף ללא הגבלה לגבי מטרת העיון. העברת המסמכים – בהנחה שהם קיימים בידי החברה – לעיונו של בית המשפט לא תעורר בעיית נציג אצל המבקש, שכן המסמכים לא הועברו אליו. לעמדתנו, לנוכח ההלכה שנקבעה בעניין קרנא, ובהינתן שהמניעה שהטרידה את בית המשפט העליון בעניין נשר אינה רלוונטית עוד, יש לספק לבית המשפט כלים ללבן את המחלוקת שבין הצדדים מבלי להותיר ערפל עובדתי שניתן להפיגו, ובד בבד מבלי שהעברת המסמכים תעורר את בעיית הנציג אצל המבקש.

סיכום

בקשת גילוי המסמכים המוקדמת על פי סעיף 198א לחוק החברות מקנה לבית המשפט כלים להתמודד עם פערי המידע הקיימים בין בעלי דין לבין עצמם ובינם לבין בית המשפט. שימוש מושכל בו – תוך אימוץ גישה הרואה בבקשת גילוי מסמכים מוקדמת כלי מבורך שיש לעודד את השימוש בו, ותוך מתן מענה לבעיות הנציג של המבקש והקפדה על כך שבעיית הנציג של ההנהלה ובעלי השליטה לא תומר לבעיית נציג של המבקש (התובע הנגזר העתידי) – עשוי לתרום רבות לחיזוק הביקורת והפיקוח על תאגידים, בדומה לפועלן של ההלכות הנהוגות בדין בדלוור.

הניסיון שהצטבר בדין הישראלי ובדין בדלוור מאפשר לפתח כלי חשוב זה מבלי לוותר על הסייגים הדרושים לשם מניעת שימוש לרעה בו. לשם הגשמת תכליתו של כלי זה, אנו סבורים כי אין להותירו בקרן זווית, אלא יש לעודד את השימוש בו במקרים המתאימים; להקפיד על קיום פנייה מוקדמת לפני שמגישים בקשת גילוי מסמכים מוקדמת; להימנע מדחייה של בקשות גילוי מסמכים מוקדמות בשל הסטת הדיון אל עבר התנהלות המבקש, אלא במקרים חריגים ומתאימים; לאפשר למבקש לשטוח את טענותיו מבלי לדרוש ממנו להתמודד בשלב מקדמי זה עם טענות הגנה מהותיות, כגון תחולתו של כלל שיקול הדעת העסקי; ולמעלה מהכל – להקפיד על קיום רף ראייתי מינימלי, אך לעשות זאת תוך חתירה יצירתית לעבר מסקנה המאפשרת בירור הוגן של הטענות העולות מבקשת גילוי המסמכים המוקדמת. בדרך זו יגשימו בתי המשפט את מטרת ההליך של בקשת גילוי מסמכים מוקדמת, ויקדמו את השגת האינטרסים הציבוריים החשובים העומדים בבסיסה של התביעה הנגזרת.

255 תק' 3 (א) סיפא ו-176 לתקנות החדשות.

