



## בבית המשפט העליון

רע"א 1365/17

לפני: כבוד השופט נ' סולברג

המבקש: בנק הפועלים בע"מ

נגד

המשיב: ישעיהו נשר

המשיבים 1-20:

1. דן דנקנר
2. יאיר סרוסי
3. אירית איזקסון
4. מלי ברון
5. אמנון דיק
6. נירה דרור
7. מאיר ויצ'נר
8. ניר זיכלינסקי
9. יאיר טאומן
10. אמרי טוב
11. יוסף ירום
12. משה לחמני
13. יעקב פאר
14. אפרת פלד
15. משה קורן
16. נחמה רונן
17. פנינה דבורין
18. רונן ישראל
19. לסלי ליטנר
20. ציון קינן

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בתנ"ג 25102-05-15 מיום 12.1.2017 שניתנה על-ידי השופטת הבכירה ד' קרת-מאיר

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

### החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (המחלקה הכלכלית) בתנ"ג 25102-05-15 מיום 12.1.2017 (השופטת הבכירה ד' קרת-מאיר), בגדרה נדחתה בקשת המבקש להורות על מחיקתה על הסף של הבקשה לאישור הגשת

תביעה נגזרת, שהוגשה על-ידי המשיב נגד המבקש ומשיבים נוספים, לפי סעיף 198 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות).

2. השאלה העומדת במוקד הבקשה שלפני היא – האם התשתית הראייתית שהונחה במסגרת הבקשה לאישור תביעה נגזרת שהגיש המשיב, מספקת כדי לדחות את הבקשה לסילוקה על הסף, וזאת עובר לדיון בבקשה לאישור גופה. אציין להלן בתמצית את העובדות וההליכים השונים הצריכים לשם הכרעה בבקשה.

הליך הגילוי והעיון במסמכים

3. ביום 2.2.2014 הגיש ישעיהו נשר (להלן: המשיב), בעל מניות בבנק הפועלים בע"מ, בקשה לגילוי ועיון במסמכים, לפי סעיף 198א לחוק החברות (תנ"ג 14-02-1905), במטרה לבחון אפשרות להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת נגד בנק הפועלים בע"מ (להלן: המבקש או הבנק) ומספר נושאי משרה, הם המשיבים 1-20 (להלן: נושאי המשרה), שכינהו בתקופה מסוימת כחברי דירקטוריון ו"ועדת האשראי" בבנק (להלן: הבקשה לגילוי ועיון במסמכים). לפי המצוין בבקשה, הבנק ונושאי המשרה אישרו הענקת הלוואות בסכומי כסף בשיעורים גבוהים לחברת טומהוק השקעות בע"מ (להלן: חברת טומהוק) באופן רשלני, וכי הרקע להענקתן הוא מערכת ענפה של קשרים אישיים ועסקיים בין נושאי המשרה, בכללם דן דנקנר, לבין נוחי דנקנר, בעל השליטה בחברת טומהוק. עוד צוין בבקשה, כי הבנק ונושאי המשרה פעלו בניגוד להוראות הדין ושלא על-פי החובות המוטלות עליהם, ביחס לחובה הכספי בסך של כ-150 מיליון ₪ של חברת טומהוק, בגין הלוואות שונות שניתנו לה, וזאת, בין היתר, משום שהורו על ביטול השעבוד שרשמה חברת טומהוק לטובת הבנק, מבלי שפרעה את חובותיה.

4. המשיב צירף לבקשה ולתשובה לתגובת המבקש לבקשה, מספר מסמכים התומכים לשיטתו בתשתית הראייתית הראשונה לבקשתו, וביניהם: כתבות עיתונאיות; רישומי רשם החברות והשותפויות המעידים על ביטול השעבוד שרשמה חברת טומהוק לטובת הבנק לשם הבטחת חובותיה ללא הגבלת סכום כספי; פרוטוקול ישיבת ועדת הכספים של הכנסת; וחלקים מסוימים מהדוחות הכספיים של הבנק לשנים 2009-2010. ביום 10.6.2014 התקיים דיון במעמד הצדדים, שבסיומו הורה בית המשפט המחוזי לבנק להעביר לעיונו במעטפה חתומה את המסמכים המבוקשים, כדי לבחון את טענת החיסיון הבנקאי שהועלתה לגביהם.

5. ביום 24.7.2014 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (המחלקה הכלכלית) בתנ"ג 1905-02-14 (השופט כבוב), לפיה נתקבלה הבקשה לגילוי ועיון במסמכים, ובה נקבע, בין היתר, כי "המסמכים שהועברו לעיוני מקימים תשתית ראייתית ראשונית המצדיקה את העברתם למבקש [המשיב – נ' ס']. כמו כן, סבורני כי המסמכים חיוניים (שלא לומר הכרחיים) על מנת לבחון את הסוגיות והשאלות העומדות במרכז הבקשה דנן, שכן אין בנמצא דרכים חלופיות לעשות כן. גם הבנק ציין בסיכומיו כי בהיעדר מידע לגבי ההלוואות שניתנו, תנאייהן ומכלול הנסיבות שסבבו אותן לא ניתן לדון בשאלות שבמחלוקת". כמו כן, צוין כי "חלקן של העסקאות שבוצעו בין הבנק ובין טומהוק, אכן עשויות לעורר סימני שאלה, למצער על פניהם של הדברים. עיקר הכוונה היא לשתי הלוואות שניתנו לטומהוק בחודש מרץ 2009 ובחודש ינואר 2011. נקודה נוספת היא שבמסגרת המסמכים לא היה כל פרוטוקול של ועדת האשראי של הבנק ביחס לשתי עסקאות אלו". בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה לעיכוב ביצוע החלטתו האמורה.

6. ביום 11.9.2014 הגיש הבנק בקשה למתן רשות ערעור על ההחלטה בבקשה לגילוי ועיון במסמכים (רע"א 6122/14). הצדדים שטחו את טענותיהם בכתב, וביום 26.2.2015 הגיש המשיב בקשה להוספת "דוח בדבר מצבו הפיננסי של מר נוחי דנקנר, בעל השליטה לשעבר של חברת טומהוק בע"מ, שנערך על ידו ביום 29.4.2012 ונכתב בכתב ידו" (להלן: הדוח הפיננסי) כראיה. הבנק התנגד לבקשה משני טעמים עיקריים: חובת הסודיות והחיסיון הבנקאי, והעדר תשתית ראייתית ראשונית בבקשה לגילוי ועיון במסמכים.

7. ביום 6.5.2015 ניתנה החלטת בית משפט זה בבקשה למתן רשות ערעור (השופט נ' הנדל) לאחר שדן בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פיה. בית המשפט קיבל את הערעור והורה על ביטול החלטת בית המשפט המחוזי בתנ"ג 1905-02-14 מיום 24.7.2014. במסגרת ההחלטה, היטיב חברי השופט הנדל לבאר את מנגנון הליכי הגילוי והעיון במסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת, לפי סעיף 198א לחוק החברות. השופט הנדל נימק את החלטתו בכך שהמשיב לא הניח תשתית ראייתית ראשונית לתמיכה בבקשתו לגילוי ועיון במסמכים כנדרש על-פי הוראת סעיף 198א לחוק החברות, בכך שהחלטת בית המשפט המחוזי התבססה על המסמכים שהוגשו על-ידי הבנק לעיונו במסגרת בחינת טענת החיסיון הבנקאי לגביהם, ולא על המסמכים שצורפו לבקשה לגילוי ועיון במסמכים. השופט הנדל לא נקט עמדה בנוגע לבקשת המשיב להוספת הדוח הפיננסי ("כמו כן, לאור התוצאה אליה הגעתי, על נימוקיה, מתייתר הצורך לדון בבקשת המשיב להוספת ראייה ובהתנגדות הבנק, וכן בבקשה הבנק להשיב לתגובת המשיב").

הבקשה לאישור תביעה נגזרת

8. ביום 13.5.2015 הגיש המשיב בקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת, לפי סעיף 198 לחוק החברות לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (המחלקה הכלכלית) (תנ"ג 25102-05-15; להלן: הבקשה לאישור הגשת התביעה הנגזרת) נגד הבנק ונושאי המשרה, שעיקרה מבוסס על עילות התביעה ומן הנימוקים שעיקריהם צוינו בתמצית בפסקה 3 לעיל. המשיב צירף מסמכים נוספים על אלה שעמדו לפני בית המשפט המחוזי במסגרת הבקשה לגילוי ועיון במסמכים, וביניהם הדוח הפיננסי הנ"ל והחלטות של הערכאות הדיוניות בהליכים משפטיים הנוגעות, בין היתר, לנפשות הפועלות.

הבקשה לסילוק על הסף

9. ביום 7.1.2016 הגיש הבנק בקשה לסילוק על הסף של הבקשה לאישור הגשת התביעה הנגזרת (להלן: הבקשה לסילוק על הסף), וזאת על יסוד שלושה נימוקים עיקריים: האחד, אין בידי המשיב תשתית ראייתית מספקת לבקשתו; השני, התשתית הראייתית עליה מבוססת בקשת המשיב, עמדה לפני בית משפט זה בהחלטתו המורה על דחיית בקשת המשיב לגילוי ועיון במסמכים, לפי סעיף 198א לחוק החברות. משום שהרף הראייתי לצורך הליכי גילוי ועיון במסמכים, נמוך מזה הנדרש במסגרת בקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת לפי סעיף 198 לחוק החברות, הרי שהמשיב לא צלח את המשוכה הראייתית העומדת לפניו בהליך זה; והשלישי, מעשי המשיב מהווים שימוש לרעה בהליכי משפט ואינם לטובת הבנק.

10. המשיב התנגד לבקשה לסילוק על הסף, ובתגובתו טען כי קיימת תשתית ראייתית מספקת לשלב זה של ההליך, וכי צורפו ראיות נוספות, מעבר לאלה שעמדו ביסוד הבקשה לגילוי ועיון במסמכים וההליכים שבמסגרתה. עוד טען, כי טענות המבקש אינן ממלאות אחר הוראות תקנות 100-101 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, המסדירות את הדין בכל הנוגע לסילוקה על הסף של בקשה לאישור תביעה נגזרת. בנוסף, בהתאם להוראות הדין והפסיקה, מקום ליבונן של טענות הבנק שצוינו בבקשתו, הוא במסגרת הבקשה לאישור תביעה נגזרת. המשיב הוסיף, כי הבנק לא צירף תצהיר לבקשתו ולא הגיש את תגובתו לבקשה לאישור התביעה הנגזרת, בהתאם למועדים שקבע בית המשפט המחוזי, ובמקום זאת הגיש את הבקשה לסילוק על הסף.

11. ימים חלפו, הליכים משפטיים מקבילים ננקטו, ידיעות פורסמו, חדשות נתגלו, וביום 17.7.2016 הגיש המשיב בקשה להוספת "הסדר החוב של מר נוחי דנקנר למול המערכת הבנקאית" כראיה לתמיכה בבקשה לאישור הגשת התביעה הנגזרת (להלן:

הסדר החוב). לאחר דיון במעמד הצדדים ועל סמך טענות שהובאו לפניו, נעתר בית המשפט המחוזי לבקשת המשיב, משום שמדובר במסמך פומבי שאושר במסגרת הליכים משפטיים אחרים.

תמצית החלטת בית המשפט המחוזי

12. בית המשפט המחוזי נדרש לתגובת המשיב לבקשת המבקש לסילוק על הסף, לתשובת המבקש לתגובה, ולטענות הצדדים בעל-פה, וביום 12.1.2017 ניתנה החלטתו (השופטת הבכירה קרת-מאיר) נושא בקשת רשות ערעור זו, הדוחה את הבקשה לסילוק על הסף. בית המשפט המחוזי מצא כי בנסיבות הענין, נוכח פסיקת בית משפט זה בנוגע לבקשה לגילוי ועיון במסמכים מיום 6.5.2015 (השופט הנדל), יש מקום לדון בבקשה לסילוק על הסף, קודם לדיון בבקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת.

13. בית המשפט המחוזי בחן את התשתית הראייתית שהניח המשיב במסגרת הבקשה לגילוי ועיון במסמכים אל מול התשתית הראייתית עליה התבססה הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, וקבע בהתחשב בשתי הראיות החדשות שצירף המשיב לבקשתו, כי נתבססה התשתית הראייתית כפי הדרוש לשלב זה של ההליך: האחת, הדוח הפיננסי; והשנייה, הסדר החוב. בנוסף, בית המשפט נדרש לטענת הבנק, לפיה אין לומר באופן קטגורי כי מחיקת חוב לכאורית ללווה על-ידי הבנק, מהווה כשלעצמה ראייה ראשונית להפרת חובות שונים המוטלים על הבנק ונושאי המשרה, ודחה אותה, משום שמהמסמכים עולה כי "מתן ההלוואות לטומהוק ושחרור השעבודים במקביל; העובדה העולה, לכאורה, מהדוח הפיננסי של דנקנר לפיה במועד מתן ההלוואות על ידי הבנק לטומהוק – חב דן דנקנר חוב אישי ל[נוחי] דנקנר בסכום של כ-60 מיליון ₪ וכן העדר פרוטוקול של ישיבת וועדת האשראי בקשר למתן שתי ההלוואות – מעוררים לפחות תהיות כפי שציין כב' השופט כבוב בהחלטתו – אשר עולות כיום ממסמכים חיצוניים עצמאיים".

על החלטה זו הוגשה הבקשה שלפני.

עיקרי טענות המבקש

14. המבקש הפנה את טענותיו נגד שתי הראיות שעל בסיסן קבע בית המשפט המחוזי את דבר קיומה של תשתית ראייתית מספקת, על מנת לדחות את הבקשה לסילוק הסף. בנוגע לדוח הפיננסי, לטענת המבקש, הרי שהוא אינו בגדר ראייה חדשה. זאת, משום שהדוח עמד לנגד עיני בית משפט זה (השופט הנדל) בדונו בבקשה לגילוי ועיון במסמכים, אשר נדחתה מן הטעם שלא קיימת תשתית ראייתית ראשונית. לגופם של דברים, טוען המבקש כי ראייה זו אינה מצביעה על חשש לניגוד עניינים המבסס

תשתית ראייתית נדרשת, שכן דן דנקנר, שלו על-פי המצוין בדוח הפיננסי העניק נוחי דנקנר הלוואה בסך של כ-60 מיליון ₪, אשר מחצית החוב בגינה נמחק וסווג על-ידו כחוב אבוד, "לא השתתף בישיבות ועדת האשראי שדנה בהעמדת האשראי לטומהוק".

באשר לראיית הסדר החוב, אשר צורפה לראשונה במסגרת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, טוען המבקש כי אין בה כשלעצמה, כדי להצביע על רשלנות הבנק ונושאי המשרה בהעמדת הלוואות לחברת טומהוק.

דיון והכרעה

15. לאחר ששקלתי את הבקשה, על נימוקיה, ועיינתי במסמכים שצורפו לה, הגעתי לכלל מסקנה כי דינה להידחות, וזאת מבלי צורך להיזקק לתגובה מאת המשיב.

16. בהוראות חוק החברות אין התייחסות ישירה לשאלת סילוקה על הסף של בקשה לאישור הגשת תביעה נגזרת. סעיף 198 לחוק החברות מסדיר את הליך אישור התביעה הנגזרת וסעיף 206 לחוק החברות מסמיך את שר המשפטים להתקין תקנות באשר להליך הדיוני לאישור התביעה הנגזרת. עד כה, טרם נעשה שימוש בסמכות זו של השר ביחס לסוגיה שמכוחה ניתנה ההחלטה נושא בקשת רשות הערעור דנן. לא אחת ביקשו בתי המשפט למלא את החסר בסדרי הדין בהליך התביעה הנגזרת, בהיקש מסדרי הדין האזרחיים הכלליים, ובפרט מסדרי הדין הנוהגים בתובענות ייצוגיות, והחילו אותם בשינויים המחוייבים (ראו למשל: רע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי, פסקה 4 (7.5.2009); רע"א 5165/16 אופטיבייס בע"מ נ' שילוני, פסקה 9 (8.7.2013); רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי, פסקאות 59-60 (27.8.2014); תנ"ג (כלכלית) 28887-07-12 ורדניקוב נ' אלוביץ פסקאות 18-31 (30.4.2013); תנ"ג (כלכלית) 815-09-13 לנואל נ' מאור פסקאות 24-31 (14.4.2015)).

17. בין קווי הדמיון על סמך הרציונאלים שביסוד התביעה הנגזרת והתובענה הייצוגית, ניתן למצוא את סדרי הדין העוסקים בהליכי הבקשה לאישור התביעה. אלו הם הליכים מקדמיים, שבמסגרתם בוחן בית המשפט ובודק אם הבקשות ממלאות אחר התנאים הקבועים בדין, לרבות עילת התביעה וסיכוייה הלכאוריים. רק לאחר מעבר משוכת השלב המקדמי הזה, תיבחן התביעה לגופה ובאופן מעמיק.

18. הלכה פסוקה היא, כי בשונה מהליך הדיון הנפרד בבקשה לסילוק על הסף של תובענות, לפי תקנות 100-101 לתקנות סדר הדין האזרחי, הרי שבתובענות ייצוגיות – ככלל, אין לדון בבקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית בנפרד

מדיון בבקשה לאישור הגשת התובענה הייצוגית, אלא במקרים חריגים, שבהם ניתן להכריע בפשטות וביעילות בטענות אשר אם תתקבלנה ישמטו את הקרקע תחת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית (רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276, 290 (2001); רע"א 5653/16 סרגון נטוורקס בע"מ נ' חזן, פסקה 7 והאסמכתאות שם ((13.10.2016)).

19. דומני, כי על רקע הרציונאלים המשותפים לשני סוגי ההליכים, והיות שבשניהם מתקיים הליך מקדמי בבקשה לאישור התביעה, כוחו של ההסדר החל בהליך הדיון בבקשה לסילוק על הסף בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, יפה גם להליך בקשה לאישור התביעה הנגזרת (ראו, רע"א 9030/04 אירופה ישראל (מ.מ.ש) בע"מ נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ, פסקה 7 (26.6.2007)). כך גם, עיון בפסיקת בתי המשפט מלמד כי ההלכה הפסוקה בנוגע לדיון בבקשה לסילוק על הסף – הכלל והחריג בצדו, והקריטריונים הנהוגים בו – יושמה בבחינת בקשה לסילוק על הסף בבקשה לאישור תביעה נגזרת והשתרשה בפסיקת הערכאות הדיוניות (ראו למשל: תנ"ג (כלכלית) 11-11-20087 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' חמו (14.6.2012); תנ"ג (מחוזי) 12839-08-12 ת"א (א) 37473-09-12 דנקנר נ' בן יורם (19.10.2014); תנ"ג (מחוזי ת"א) 12839-08-12 העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים נ' בן לביא (14.3.2013); תנ"ג (כלכלית) 32444-05-16 הראל נ' ע.ל. הון אחזקות (2016) בע"מ (8.11.2016); וכן ראו, רע"א 8904/13 מאור נ' לנואל (1.1.2014); ת"א (מחוזי ת"א) 1920/07 גרינפלד נ' פטגות מימון ופקטורינג בע"מ (22.6.2008)).

20. אשר לבקשה דנן. מושכלות יסוד הן, כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בהחלטות הערכאה הדיונית העוסקות באופן ניהול ההליך, וכי גדר ההתערבות צר עוד יותר כשעסקינן בהחלטה שתוצאתה היא המשך בירוורו של ההליך לגופו. זאת ועוד, סילוקה של תביעה על הסף הוא סעד קיצוני, השמור למקרים חריגים בלבד (רע"א 9070/11 אייזיקוביץ' נ' קלוגר, פסקה 6 (16.1.2012)). ענייננו אינו נמנה עם מקרים חריגים אלה – הן ביחס להתערבות ערכאת הערעור בהחלטות דיוניות, הן ביחס להעתרות לבקשה למחיקה על הסף.

21. כאמור, עובר להגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת נקט המשיב בהליך לגילוי ועיון במסמכים, אשר בסופו של דבר נדחה מחמת העדר תשתית ראייתית ראשונית. רף המשוכה הראייתית לצורך עמידה בהליך לגילוי ועיון במסמכים לפי סעיף 198א לחוק החברות, נמוך מזה הנדרש במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת לפי סעיף 198 לחוק החברות (רע"א 7327/16 ברק נ' גזית-גלוב בע"מ, פסקאות 7-9

(6.12.2016). על כן, ככל שהבקשה לאישור התביעה הנגזרת מבוססת מבחינה מהותית על אותו מסד ראייתי שהיה מונח בבסיס הבקשה לגילוי ועיון במסמכים, הרי שהיה בכך כדי לשמוט את הבסיס לבקשה לאישור התביעה הנגזרת כבר בשלב זה. ברורה של סוגיה זו פשוט באופן יחסי, מהיר, ועשוי להביא למסקנה ברורה. צדק אפוא בית המשפט המחוזי בהחליטו להקדים את הדיון בבקשה לסילוק על הסף לדיון בבקשה לאישור להגשת תביעה נגזרת.

22. לגופן של טענות המבקש, לא מצאתי מקום להתערב בשיקול דעתו של בית המשפט המחוזי. באשר לראיית הדוח הפיננסי, כאמור, ראיה זו לא עמדה ביסוד החלטת בית משפט זה בנוגע לבקשה לגילוי ועיון במסמכים, ובית המשפט לא נתן דעתו עליה. בנוסף, כפי שבית המשפט המחוזי הכריע, על פני הדברים נראה כי שתי הראיות הנוספות – הדוח הפיננסי והסדר החוב, כל אחת כשלעצמה, אינה מעוררת לכאורה חשש לניגוד עניינים בנוגע לנושאי המשרה בבנק ולחברת טומהוק ונוחי דנקנר והפרת חובות נוספות. אולם צירופן של השתיים ליתר המסמכים והראיות, מבסס את המסד הראייתי הנדרש כדי לדחות את הבקשה לסילוק על הסף.

23. אינני נוקט עמדה כלשהי באשר להמשך ההליכים בבקשה לאישור התביעה הנגזרת. אציין אך זאת, כי במקום לאחוז בקרנות המזבח, מוטב לתפוס את השור בקרניו.

24. בקשת מתן רשות הערעור נדחית. משלא נתבקשה תגובה לבקשה, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, י"א באדר התשע"ז (9.3.2017).

ש ו פ ט