



בבית המשפט העליון

רע"א 3487/16

לפני: כבוד השופט י' עמית

המבקש: בועז יפעת

נגד

המשיב: בנק לאומי לישראל

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב בתיק תנג 15-07-038299 שניתנה ביום 24.03.2016 על ידי כבוד השופט ח' כבוב

בשם המבקש: עו"ד צביקה מצקין ועו"ד אלרון שפירא בר-אור
בשם המשיב: עו"ד ברק טל, עו"ד חניטל בלינסון-נבון ועו"ד רועי ששון

פסק - דין

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט ח' כבוב) מיום 24.3.2016 בתנ"ג 15-07-38299, בגדרה נדחתה בקשה לפי סעיף 198א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק החברות) לגילוי ועיון במסמכי המשיב (להלן: הבנק) על מנת לבחון אפשרות הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת.

בתמצית שבתמצית, מדובר במסמכים שהמבקש, משקיע פרטי המחזיק במניות הבנק, מעוניין ללמוד מהם על התנהלות נושאי המשרה בבנק בקשר למכירת חוב של חברת דלק נדל"ן, תוך ויתור על בטוחה העולה בשוויה על שווי החוב ובהפסד נטען של כ-120 מיליון ₪.

2. למען הנוחות, יוצגו כבר כעת הוראות החוק הרלוונטיות – סעיף 198 ו-198א לחוק החברות – בהן קבועים התנאים להיעתרות לבקשת גילוי מעין זו:

אישור תביעה נגזרת

198. (א) תביעה נגזרת טעונה אישור בית המשפט והוא יאשרה אם שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב.

[...]

בקשה לגילוי מסמכים

198 א. (א) מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת [...] 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 ראיתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת המנויים בסעיף 198(א).

3. עיקר הבקשה לגילוי שהגיש המבקש לבית משפט קמא נסמכה על דיווחים שפרסמה דלק נדל"ן, טרם הפכה חברה פרטית, שעה שנקלעה לקשיים כלכליים. על פי דוחותיה הכספיים של דלק נדל"ן לשנת 2011 (מיום 1.4.2012), החוב המצטבר שלה ושל חברת בת בבעלותה המלאה (להלן: חברת הבת) לבנק, עמד באותה עת על כ-245 מיליון ₪. חלקה של דלק נדל"ן בחוב זה (כ-179 מיליון ₪) הובטח בשעבוד בלתי מוגבל על מלוא זכויותיה בפרויקט נדל"ן הידוע במקומותינו כפרויקט חוף הכרמל בחיפה (להלן: פרויקט חוף הכרמל). שוויו של פרויקט חוף הכרמל לפי שומה שערך השמאי זיו ולכינסקי ואשר צורפה לדוחות הכספיים, עמד על כ-303 מיליון ₪ נכון ליום 31.12.2011 (להלן: שומת ולכינסקי). לחלקה של חברת הבת בחוב (בסך כ-65 מיליון ₪) ערבה דלק נדל"ן בערבות בלתי מוגבלת בסכום. במסגרת הדוחות הכספיים, דווח כי נוכח פיגורים בהחזר החוב קמה לבנק עילה לפירעון מיידי וקיימת "וודאות קרובה" כי החוב ייפרע באמצעות מימוש הבטוחה – הזכויות בפרויקט חוף הכרמל (נספח ה' לבקשה).

אלא שעל פי דיווח מיידי שפרסמה דלק נדל"ן ביום 8.4.2012, הבנק לא פנה למימוש הבטוחה והסתפק נכון לאותו מועד בהתראה כי אם החוב לא ייפרע, יממש פיקדונות של החברה בסך 400 אלף ₪. בדיווח צוין כי "בשיחות בעל פה עם הבנק הובהר [...] שמעבר לקיזוז הפקדונות כאמור, נכון למועד הדוח הבנק אינו דורש מהחברה את פרעון יתרת החוב כלפיו" (נספח ז' לבקשה).

4. ביום 22.8.2012, בהיותה חדלת פירעון, פרסמה דלק נדל"ן זימון לאסיפת נושים לצורך אישור הסדר חוב בו פורטו זכויותיה וחובותיה של החברה (נספח ח' לבקשה); שוויו של פרויקט חוף הכרמל הוערך במועד זה ב-284 מיליון ₪, אך צורפה גם חוות דעת של פרופ' אמיר ברנע מיום 31.7.2012 שהתייחסה לאפשרות של פירוק, במסגרתה הוערך כי בהליכי מימוש מהיר שווי הפרויקט הינו כ-217 מיליון ₪ (להלן: חוות דעת ברנע; נספח ט' לבקשה). עוד צוין כי החוב המצטבר של דלק נדל"ן ושל

חברת הבת לבנק העומד כנגד שוויו של הפרויקט הינו כ-249 מיליון ₪ והוא מובטח בשעבודים על פרויקט חוף הכרמל. נכון לאותו מועד, כך צויין בזימון, הבנק דחה הצעה שהועלתה על-ידי דלק נדל"ן לפיה תוך ששה חודשים יימצא צד ג' שירכוש את החוב תמורת 130 מיליון ₪, וככל שלא יימצא רוכש כאמור, תסווג יתרת האשראי כחוב נון-ריקורס מול השעבודים על החברות המחזיקות בפרויקט חוף הכרמל (נספח י' לבקשה).

5. כחודש לאחר מכן, ביום 27.9.2012, אישר בית המשפט המחוזי בתל אביב הסדר חוב בין דלק נדל"ן לבין נושיה, ודלק נדל"ן הפכה לחברה פרטית חסרת פעילות עסקית (החלטה מיום 27.9.2012 בפר"ק 12-04-12230). הבנק לא היה חלק מהסדר זה.

סמוך לאחר מכן, הסכים הבנק להצעה למכירת החוב לצד ג' שצוינה לעיל. המכירה נעשתה למר יצחק תשובה, בעל השליטה בדלק נדל"ן (להלן: תשובה).

6. בבקשה נטען כי ההתרחשויות שפורטו לעיל הן חמורות, שכן עולה מהן כי הבנק לא פעל למיצוי זכויותיו כנושה מובטח והסתפק בתשלום של 130 מיליון ₪ לפרעון מידי של חלק מהחוב, תוך מחיקת היתרה בסך כ-120 מיליון ₪. המבקש טען כי התנהלות נושאי המשרה "חורגת מכל מושכלות היסוד" ו"מעוררת חשש ממש לזניחת טובתו של הבנק בעבור טובתו האישית של יצחק תשובה, מטעמים חשודים". בדיון בבקשה בפני בית משפט קמא נסוג בא-כוח המבקש מהטענות "החריפות" להפרת אמונים שהועלו נגד נושאי המשרה, אך עמד על כך שהצטברותם של סימני השאלה המתעוררים במקרה זה מצדיקה היעדרות לבקשה לגילוי.

לשיטת המבקש, המסמכים שצורפו לבקשה מגבשים תשתית ראייתית ראשונית מוצקה לקיומן של עילות תביעה לכאורה לטובת הבנק, כנדרש בסעיף 198א לחוק החברות. בקשתו היא לעיין במסמכים שיאפשרו לבחון אם התקיים תהליך קבלת החלטות מסודר בקשר לאי מימוש הבטוחה ולמחיקת החוב, בהיעדר ניגוד עניינים, בתום לב ובאופן מיודע. אלה הם המסמכים שהתבקשו: פרוטוקולי ישיבות ועדות האשראי ו/או דירקטוריון המשיב ו/או כל גורם אחר מטעם המשיב בהן נדון החוב של דלק נדל"ן; כל ההסכמים ו/או מסמכי ההלוואה ו/או הסכמי השעבודים ואגרות החוב שנחתמו בין המשיב לבין דלק נדל"ן ו/או יצחק תשובה ו/או מי מטעמם בקשר עם החוב שבנדון; כל התכתובות, תרשומות שיחה וכדומה בין המשיב לבין דלק נדל"ן ו/או תשובה או מי מטעמו בקשר לנושא זה; כל חוות דעת ו/או הערכת שווי/שומה או כל מסמך אחר שהובא בפני מקבלי ההחלטות בבנק לפני או בעת שקיבלו את ההחלטות שבנדון.

7. מנגד העלה הבנק טענות עקרוניות בנוגע לקשיים הטבועים בהליך גילוי המסמכים טרם הגשת בקשת אישור תביעה נגזרת, בגינם נטען כי על בית המשפט לנהוג בזהירות יתרה בהיעתרות לבקשות מסוג זה. אשר לבקשה גופה, נטען כי המבקש לא הצליח להעמיד ולו תשתית ראייתית ראשונית, שכן הבקשה תלויה כולה על שומת ולכינסקי, אולם זו כלל אינה רלוונטית, שכן היא הוכנה לצורך הדוחות הכספיים של דלק נדל"ן. לטענת הבנק, השומה היחידה הרלוונטית לבחינת התנהלותו היא שומה להערכת שווי נכס המשמש כבטוחה לאשראי. לביסוס טענה זו צרף הבנק חוות דעת של השמאי דורון יוסקוביץ, בה תוארו ההבדלים שבין סוגי השומות שצוינו לעיל, הנערכות לפי תקני שמאות נפרדים ושוניים (תקן 17.1 ותקן 19) (להלן: חוות דעת יוסקוביץ). ההבדל המרכזי בין סוגי השומות הללו נוגע למידת שמרנותן. כך, בשומה להערכת נכס המשמש כבטוחה (תקן 19) אין להביא בחשבון רכיבים ספקולטיביים (כגון פוטנציאל תכנוני) על מנת להגן על האינטרס הכלכלי של מעמיד האשראי, בעוד שבשומה להערכת נכס לצורך דוחות כספיים נתון הדבר לשיקול דעתו של השמאי (תקן 17.1). ואכן, בשומת ולכינסקי ניתן לרכיבים הספקולטיביים משקל משמעותי של כ-149 מיליון ₪ (כ-50% מהשווי המוערך). אשר לחוות דעתו של ברנע, שהוזכרה אף היא על-ידי המבקש, נטען כי ברנע איננו שמאי וכי ההתייחסות להערכת השווי בהליכי מימוש מהיר בחוות דעתו הינה תמציתית ביותר, שורה אחת בלבד, ולא מנומקת. בשולי הדברים צוין כי הנכס לא נמכר עד היום, ואף בכך יש כדי ללמד על טיבן של ההערכות עליהן מעוניין המבקש להישען.

8. עוד טען הבנק כי גם אם היה עולה בידי המבקש להוכיח כי נמחק חוב של כ-120 מיליון ₪, אין בעובדה זו כשלעצמה כדי ללמד דבר על התנהלותם של נושאי המשרה, כך ככלל, וכך במיוחד כשעסקינן בבנק שעיקר עיסוקו ב"חובות" (מתן אשראי); כי החלטה על מחיקת חובות מצויה בלב שיקול דעתו של הבנק ועל כן חל עליה כלל שיקול הדעת העסקי, והמבקש לא הביא ולו ראשית ראייה המצדיקה לסטות ממנו; כי אין ולו פירוט מינימלי לגבי עילה העומדת כלפי נושאי משרה ספציפיים, אלא רק טענות "אווירה" כנגד נושאי משרה עלומים; וכי קיומה של זכות לפירעון מידי של חוב אינה מלמדת על תוצאות הליך הגבייה של אותו חוב או על התנהלות לא תקינה של הבנק, שרשאי היה להחליט כי על מנת למקסם את גביית החוב יש להגיע דווקא להסדר הכולל מחילה חלקית.

9. המבקש לא חסך בתשובתו וטען, בין היתר, כי תקן 19 "השמרני" כלל לא רלוונטי במועד מימוש הבטוחה, אלא רק בשלב המקדים בו מתקבלת החלטה בעניין

מתן האשראי תוך קבלת הנכס כבטוחה, ולכן אין בחוות דעת יוסקוביץ כדי לגרוע מהתשתית הראייתית הראשונית שהציג. זאת, בפרט שעה שהבנק כלל לא הציג שומה לפי התקן המתאים לשיטתו שעמדה בפני נושאי המשרה בזמן אמת, ואף לא תצהיר של מי מנושאי המשרה על קיומה של שומה כזו.

החלטת בית משפט קמא

10. ביום 25.1.2016 התקיים דיון בבקשה ולאחר שהוגשו סיכומי הצדדים, ניתנה ביום 24.3.2016 החלטת בית משפט קמא מושא הבקשה דנן. בהחלטתו עמד בית המשפט על כך שמדובר בשלב מקדמי ביותר, ועל כן אין להציג בפני המבקש משוכה גבוהה בדמות ראייה פוזיטיבית חד-משמעית בדבר הפרת חובת זהירות. עם זאת, קיבל בית המשפט את טענת הבנק (שנשענה על חוות דעת יוסקוביץ) כי השומה היחידה הרלוונטית לצורך קביעת שווי פרויקט חוף הכרמל היא שומה הנערכת לפי תקן 19, וציין כי "שומה כזו נערכה והוגשה לבנק ואין כל פסול בעובדה שהבנק נסמך על שומה זו" (פס' 51). בית המשפט עמד על כך שיש לבחון את הסוגיה מנקודת מבטם של נושאי משרה שקיבלו את ההחלטה – ועל כן שומת ולכינסקי שנערכה לצרכי דוחותיה הכספיים של חברת דלק נדל"ן, הגם שנערכה על-ידי שמאי בלתי תלוי, איננה רלוונטית. בית המשפט אף קבע כי לו היה הבנק מעדיף את שומת ולכינסקי על פני שומה לפי תקן 19, "יתכן והיה ניתן להעלות טענות בנדון כנגד הבנק על כך שהוא פעל בניגוד למתחייב ממנו". עוד נקבע, כי מאחר שחוות דעת ברנע (שניתנה כזכור במסגרת המגעים להסדר החוב) מבוססת על הדוחות הכספיים של דלק נדל"ן, ובתוך כך על שומת ולכינסקי, דינה כדין שומת ולכינסקי ואין בה כדי לסייע למבקש.

אשר למחיקת החוב, צוין כי מחיקת חובות כשלעצמה, הגם שאינה חסינה מפני ביקורת שיפוטית, איננה מקימה תשתית ולו ראשונית לכך שנפל פגם או פסול ואין בה כדי להעביר את הנטל לבנק להוכיח שנעשתה כדין. אף הטענה כי הבנק "יכול היה לפעול באופן מיטבי יותר לגביית החוב בנקודת זמן קודמת לזו בה נקט היא בגדר חוכמה שבדיעבד". בנוגע לטענה זו – לפיה הבנק יכול וצריך היה לפעול למקסם את הסכום שניתן לגבות מדלק נדל"ן עוד בטרם גיבוש הסדר החוב בינה לבין מחזיקי האג"ח – התרשם בית המשפט כי בשלב שלפני הסדר החוב לא הונחה בפני הבנק הצעה מגובשת, ועל כן אין ללמוד דבר מכך שהבנק לא נעתר להצעת דלק נדל"ן עוד קודם להפיכתה לחברה פרטית.

עוד קבע בית המשפט כי מאחר שלא הונחה כל תשתית ראייתית לכך שבפני הבנק עמדו הצעות אחרות גבוהות או מיטיבות יותר מהצעתו של מר תשובה, לא ניתן ללמוד דבר מעצם העובדה שהחוב נמכר לו.

לבסוף דחה בית המשפט טענות שהעלה הבנק כנגד תום ליבו של המבקש, מאחר שטענותיו בעניין זה הופנו כנגד בא-כוח המבקש ולא כנגד המבקש עצמו.

טענות הצדדים

11. על החלטה זו נסבה בקשת רשות הערעור שבפניי. המבקש חזר בבקשתו על עיקרי הטענות שהוצגו לעיל, ועל כן יוצגו להלן רק אלה מביין הטענות שהתמקדו בקביעותיו של בית משפט קמא.

המבקש טוען כי בית המשפט שגה עת קבע כי בשלב מכירת החוב עמדה בפני נושאי המשרה בבנק שומה שנערכה לפי תקן 19, בעוד שהבנק כלל לא טען ששומה מסוימת, ובפרט שומה לפי תקן 19, הובאה בפני מקבלי ההחלטות עובר להחלטה על מחיקת החוב, וממילא לא צורפה חוות דעת כאמור לתשובתו.

עוד נטען, כי קביעת בית משפט לפיה תקן 19 הוא התקן המחייב תאגידים בנקאיים בשלב מימוש הבטוחה, אינה נדרשת בשלב הראשוני של גילוי בטרם הגשת בקשת אישור לתביעה נגזרת, שכן מדובר בשאלה המצריכה בירור מקיף וליבון עובדתי ומשפטי, אשר כרוכה בהשלכות רוחב. בשולי הדברים צוין כי התקנים השמאים אינם מחייבים אלא וולונטריים בלבד, ואף מטעם זה לא היה מקום לדחות הבקשה.

טענה נוספת בפי המבקש היא כי בעוד שבפסיקה נקבע כי בשלב בקשת הגילוי כל שנדרש הוא תשתית ראשונית, הלכה למעשה ראה עצמו בית המשפט כמי שדן בבקשה לאישור תביעה נגזרת ועל כן כבר הכריע בשאלה האם בעלי התפקידים בבנק התנהלו באופן רשלני. מכל מקום, המבקש סבור כי בקשת הגילוי נתמכה ב"פסיפס ראייתי" העולה על הרף הנדרש בשלב זה.

12. הבנק סמך ידיו על החלטת בית משפט קמא וחזר על טענותיו שפורטו לעיל. בין היתר, הדגיש הבנק כי קבלת הטענה שמחיקת חוב כשלעצמה מהווה ראייה, ולו ראשונית, לרשלנות או להפרת חובת אמון תביא ל"פגיעה קשה בהתנהלות בנקאית תקינה", תחתור תחת עיקרון שיקול הדעת העסקי ותוביל להגשת הליכים משפטיים

מרוכים חסרי תוחלת. עוד נטען, כי חוות דעת יוסקוביץ ניתנה בנסיבות של מימוש בטוחה ולא בנסיבות של העמדת אשראי (דהיינו, כי היה ברור למומחה לאיזה צורך מתבקשת חוות דעתו) וכי מחוות הדעת עולה "בכירור שתקן 19 רלוונטי הן בעת מתן אשראי והן בשלב מימוש הבטוחה". עוד לעניין זה, נטען כי מדובר בסוגיה שבמומחיות שמאית, בעוד שהמבקש לא תמך טענותיו בחוות דעת מומחה ואף בחר שלא לחקור את המומחה מטעם הבנק ולעמת אותו עם טענה זו. על יסוד האמור טוען הבנק כי דין הבקשה להידחות, אך ככל שתתקבל, מבקש הבנק כי התיק יושב לבית משפט קמא על מנת לדרון בטענות הנוגעות לשלב העיון, ובהן טענות חיסיון.

דיון והכרעה

13. לאחר שעיינתי בבקשה ובתגובה לה, על נספחיהן, מצאתי לדרון בבקשה לרשות ערעור כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה, ולקבל את הערעור בחלקו.

14. סעיף 198 א עיגן את שקבע בית משפט זה בעניין לבייב (רע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי (7.5.2009)) והכיר באפשרות של מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת לפנות לבית המשפט בבקשה לגילוי מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת, בין בטרם הוגשה הבקשה לאישור התביעה הנגזרת (על מנת לשקול את הגשתה), ובין לאחר הגשת בקשת האישור. באמצעות הליך זה, ביקש המחוקק לגשר על פערי המידע הנובעים מכך שברגיל, בעל מניות המעוניין להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת אינו חשוף למידע הרלוונטי לצורך גיבוש כתב התביעה. צמצום פערי המידע נועד להוציא מן הכוח לפועל את אפשרות הגשתה של תביעה נגזרת, הממלאת תפקיד חשוב באכיפת זכויותיה של החברה (הצעת חוק החברות (תיקון מס' 12) (ייעול הממשל התאגידי), התש"ע-2010, ה"ח 496, 566, 574 (10.3.2010); רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי (27.8.2014) (להלן: עניין אינטרקולוני); רע"א 4024/14 אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' כהן, פס' 15 (26.4.2015) (להלן: עניין אפריקה ישראל)).

15. עמדנו לעיל על הרציונל של סעיף 198 א ועל כן לא אאריך בדברים. אומר בקצרה כי סעיף זה הוא חריג ומיוחד בנוף המשפטי, בכך שהוא מאפשר גילוי מסמכים עוד טרם הגשת התובענה, ובענייננו, עוד טרם הגשת בקשה לאישור תובענה נגזרת, שהיא עצמה שלב מקדמי לפני התביעה הנגזרת עצמה (עניין אינטרקולוני, פסקה 3 לפסק דיני). סעיף 198 א הוא אפוא שלב טרום-מקדמי, והוא מציב אתגר לא פשוט בפני בית המשפט והצדדים להליך, בשל המלכוד המובנה שטמון בו. על מנת להדוף בקשה

לגילוי מסמכים על פי סעיף זה, נדרש המשיב להתגונן, ולצורך זה, הוא עשוי להידרש לאותם מסמכים שהמבקש דורש לגלותם. כך נמצא הבור מתמלא לא מחולייתו אלא מתשובת המשיב המתנגד לבקשה, ובאופן פרדוכסלי, עשוי המבקש לבוא על סיפוקו עוד טרם נדונה הבקשה לגופה, אך ורק בשל הצורך של המשיב להתגונן מפניה.

נוכח חשש אינהרנטי זה להיפוך היוצרות ונטלי ההוכחה, מה שמקנה יתרון למבקש הגילוי על-פי סעיף 198א, הוא נדרש לעמוד במספר דרישות על מנת שבית המשפט ייעתר לבקשתו: ראשית, על המסמכים המבוקשים לעמוד בדרישת הרלוונטיות לתביעה הנגזרת הפוטנציאלית (וכלשון הסעיף: "מסמכים הנוגעים להליך"). שנית, על מגיש הבקשה להניח תשתית ראייתית ראשונית לקיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת (קרי, כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב). הנטל להציב תשתית ראייתית ראשונית מוטל על מבקש הגילוי, והתשתית צריכה להימצא בבקשה עצמה. מנגד, המשיב לא נדרש בשלב טרום-מקדמי זה לחשוף מסמכים על מנת לשכנע בצדקת הגנתו לגופה של התובענה הנגזרת, שאפילו הבקשה לאישורה טרם באה לעולם.

16. דרישת התשתית הראייתית הראשונית היא העומדת במרכז החלטת בית משפט קמא, ובהתאם, במרכז של הבקשה שבפניי. ברע"א 6122/14 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר (6.5.2015) עמד השופט הנדל על כך שדרישה זו, הייחודית לסעיף 198א, נועדה ליתן מענה לחשש מפני "בקשות ותביעות סרק שתוצאתן סרבול ההליכים, פגיעה ביעילות וכרסום במוסד התביעה הנגזרת על יתרונותיו הברורים" (שם, פס' 5). בפסיקה המועטה הדנה בטיבה של הדרישה הראייתית האמורה, עמד בית המשפט על כך שהתשתית הראשונית הנדרשת בשלב זה "קטנה מן התשתית הראייתית הנדרשת לצורך אישור הבקשה עצמה", שכן זו האחרונה צריכה לעמוד ברף גבוה יותר ולהצביע על קיומן של ראיות לכאורה (רע"א 5223/16 הילמן נ' שילוני, פס' 6 (16.8.2016); רע"א 4121/14 טל נ' קו אופ ישראל אגודה שיתופית בע"מ, פס' 4 (5.2.2015); עניין אפריקה ישראל, פס' 16). בצד זאת, הובהר כי עדיין קיימת משוכה שעל המבקש לצלוח, וכי למשוכה זו חשיבות מיוחדת בבקשת גילוי המוגשת לפני ולצורך הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת, בשים לב לחשש שצוין לעיל מפני תביעות סרק (עניין נשר, פס' 10; רע"א 8410/14 בנק הפועלים בע"מ נ' הרפז, פס' 5 (6.5.2015)).

17. מן הראיות הראשוניות שצרף המבקש לבקשתו מצטיירת התמונה הבאה: הבנק החזיק בבעלותו חוב של דלק נדל"ן וחברת בת שלה בסך כ-249 מיליון ₪. כנגד החוב עמדה בטוחה בדמות פרויקט חוף הכרמל ששוויו הוערך (נכון לסוף שנת 2011) בכ-

303 מיליון ₪ על פי שומה שנערכה לצרכי דוחות כספיים של חברת דלק נדל"ן (שומת ולכינסקי); בהמשך, בספרי חברת דלק נדל"ן הוערך שווי הפרויקט בכ-284 מיליון ₪, ובזימון אסיפת נושים הוערך שווי של הפרויקט, בהנחה שהחברה תיכנס להליכי פירוק, לאחר ניכוי הליכי מימוש מהיר והוצאות מימוש, בכ-217 מיליון ₪ (חוות דעת ברנע). אף שדלק נדל"ן נמצאה במצב של חדלות פירעון, הבנק לא פנה להליכי מימוש הבטוחה, אלא התריע כי יממש פיקדונות של דלק נדל"ן בסך 400 אלף ₪. בסופו של יום מכר הבנק את החוב והבטוחה שבצדו לידי תשובה עצמו תמורת 130 מיליון ₪, בהפסד של כ-120 מיליון ₪, זמן קצר לאחר שדחה אותה הצעה שהועלתה במסגרת הסדר החוב הכללי ו"התספורת" שהוצעה למחזיקי האג"ח.

18. כפי שתואר לעיל, בית משפט קמא אימץ את חוות דעתו של המומחה שהוגשה על ידי הבנק (חוות דעת יוסקוביץ), ועל בסיסה קבע כי שומת ולכינסקי איננה רלוונטית לבחינת קבלת ההחלטות בבנק. מאחר ששומה זו עומדת בליבת התשתית הראייתית שהעמיד המבקש, מצא בית משפט קמא כי דרישת התשתית הראייתית הראשונית אינה מתמלאת. עוד קבע בית משפט קמא כי הוא מקבל את עמדת הבנק כי השומה הרלוונטית היא שומה שנערכה לפי תקן 19, וכי "שומה כזו נערכה והוגשה לבנק ואין כל פסול בעובדה שהבנק נסמך על שומה זו" (ההדגשה הוספה – י"ע).

דא עקא, שבמישור העובדתי לא כך הם פני הדברים. הבנק כלל לא חשף, אף לא ברמז, מהו המסד העובדתי שעמד בזמן אמת בפני מקבלי ההחלטות, ולא טען כי עמדה בפניהם שומה שנערכה לפי תקן 19. למעשה, הבנק לא טען כי הסתמך על שומה כלשהי בעת שקיבל את החלטתו למכור את החוב והבטוחה כנגד 130 מיליון ₪ (או 140 מיליון ש"ח כטענתו).

במישור העקרוני, אמנם, חוות דעת יוסקוביץ מתארת בצורה מסבירת פנים וברורה את השוני הקיים בין סוגי השומות הנסקרות (תקן 17.1 ותקן 19), ומבהירה מדוע שומת ולכינסקי איננה רלוונטית להערכת שווי של הנכס בשלב קבלת ההחלטה אם להעמיד את האשראי המבוקש כנגד קבלת הנכס כבטוחה. אלא שכפי שטען המבקש, בחוות דעת זו ובתקן 19 שצורף לה, לא נאמר דבר באשר להערכת השווי בשלב מימוש הבטוחה על-ידי מעמיד האשראי, ולא נדרשת מומחיות רבה כדי להבין שהשמרנות הנדרשת בטרם העמדת האשראי איננה מאפיינת את שלב מימוש הבטוחה, בו שאיפת מעמיד האשראי היא לממש את הנכס כנגד תמורה מקסימלית. הגם שטוב היה לו היה המבקש מציג חוות דעת התומכת בטענה זו או חוקר את המומחה מטעם הבנק לגביה, לא מצאתי כי בנסיבות העניין יש בהימנעותו כדי לעמוד לו לרועץ. זאת,

הן מאחר שבחוות דעתו של יוסקביץ אין התייחסות לשלב מימוש הבטוחה, והן בהתחשב באמור בהחלטת בית משפט קמא מיום 25.1.2016, בה צוין כי ויתור הצדדים על חקירת המצהירים נעשה מבלי שהדבר יהווה "הודאה בנכונות הדברים או ויתור על טענה כלשהי שהם העלו בכתבי הטענות".

19. אכן, כפי שטען הבנק, אין להלום כי כל אימת שיצביע מבקש גילוי לפי סעיף 198א על מחיקת חוב לכאורית, יהיה בכך כדי להקים תשתית ראייתית ראשונית. מתן אשראי הוא בליבת שיקול הדעת העסקי של הבנק, וחובות מסופקים וחובות אבודים הם חלק בלתי נפרד מהמציאות העסקית בכלל, והבנקאית בפרט. לכן, אין לראות במחיקת חוב כשלעצמה משום ראייה ראשונית להפרת חובות זהירות ואמון.

אלא שבמקרה דנן, התשתית הראייתית הראשונית שהציב המבקש, חורגת מהעובדה שהבנק הפסיד סכום כסף ניכר עקב פער בין שווי הבטוחה כפי שהוערכה בעת ולצורך מתן האשראי, לבין שוויה לצרכי מימוש. המבקש תמה הכיצד העמיד הבנק בשנת 2008 אשראי של כ-350 מיליון ₪ על סמך בטוחה שלשיתתו-שלו יש להעריך על פי תקן שמאות שמרני ובלא התחשבות ברכיבים ספקולטיביים – האם אז סמך הבנק על חוות דעת שמאית שלא נערכה על פי תקן 19 בניגוד לנטען על ידו כעת? הבנק הצביע על המשבר שפקד את שוק הנדל"ן בשנת 2008 ועל שיקולים שונים הקשורים בהחלפת החייבים לבנק, נושאים שלא הועלו וממילא לא נדונו בבית משפט קמא, ועל כן לא אדרש לתמיהה זו של המבקש.

התשתית הרלוונטית עליה מצביע המבקש מלמדת לכאורה על פער של כ-40% בין השווי המוערך של הבטוחה בהליכי מימוש מהיר ולאחר הפחתת הוצאות מימוש (כ-217 מיליון ₪ לפי חוות דעת ברנע) לבין התמורה שקיבל הבנק בחלופה של מכירת החוב (כ-130 מיליון ₪). בהקשר זה יצוין כי חוות דעת ברנע, מומחה בעל מוניטין בתחום, ניתנה בנסיבות בהן דלק נדל"ן – שצירפה את חוות הדעת לזימון לאסיפת בעלי האג"ח לצורך אישור הסדר החוב – ביקשה לשכנע את הנושים כי החלופה של הסדר חוב עדיפה על פני מימוש נכסים מהיר בפירוק, ועל כן לא מתעורר החשש כי מדובר בהערכה מופרזת או מנופחת. זאת ועוד. ברוח זימון אסיפת מחזיקי האג"ח מיום 22.8.2012 צוין כי הבנק דחה את ההצעה ל"תספורת" של 120 מיליון ₪ כנגד מכירת החוב של 245 מיליון ₪ והבטוחה שבצידו, והנה, זמן קצר לאחר שדחה הצעה זו, הבנק הסכים לאותה הצעה כאשר הקונה של החוב והבטוחה הוא תשובה עצמו. כל זאת, מבלי שהבנק טען בתשובתו לניסיון התמחרות, או להערכת שמאי שעמדה בפניו, או לנתונים או לבדיקות אחרות כלשהן שנערכו על ידי מי מטעמו לבחינת הצעה זו,

וממילא מבלי שהוגש תצהיר כי כך נעשה. טענות הבנק נותרו במישור העקרוני, תוך הימנעות (מכוונת ומוצהרת) מהעלאת כל טענה קונקרטית בנוגע לנעשה בפועל במסגרות הבנק בנסיבות העניין הקונקרטי. זאת, אף שטענה כאמור לא הייתה מחייבת את הבנק, בשלב זה, לתמוך אותה במסמך, אלא בתצהיר בלבד.

20. ודוק: אדגיש שוב את המובן מאליו, כי אין באמור לעיל כדי להוות אפילו קביעה לכאורית להפרת חובות מצד הבנק או שנפל דופי כלשהו בהתנהלות נושאי המשרה בבנק. ענייננו ברף נמוך של תשתית ראייתית ראשונית, תוך שיש לקחת בחשבון כי ייתכן שהבנק נמנע מלהביא מלוא טענותיו ולהציג מסמכים, על מנת שלא לשחק לידידיו של המבקש בשלב ראשוני זה, נוכח ה"מלכוד המובנה" בסעיף 198א עליו עמדנו לעיל, ושמא יש ברשות הבנק הסברים טובים ומשכנעים להציג בהמשך, ככל שתוגש בקשה לאישור תביעה נגזרת.

21. בנסיבות אלה, מצאתי כי המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית כנדרש בשלב זה, וכי יש להיעתר לבקשת הגילוי. על הגילוי לעמוד ביחס ישר לסוג ולהיקף התשתית הראייתית שהעמיד המבקש. בשים לב לכך שהתשתית הראייתית שבבסיס בקשת הגילוי הפנתה את "אור הזרקורים" לשאלת שווי הבטוחה מנקודת מבטם של מקבלי ההחלטות בבנק, מצאתי להיעתר לבקשה באופן חלקי כך שמבין שורת המסמכים שלגילויים עתר המבקש, יגלה הבנק כל מסמך (מבין סוגי המסמכים שנמנו בבקשה) בו קיימת התייחסות להערכת שווייה של הבטוחה בתקופה הרלוונטית.

22. דין הערעור להתקבל אפוא. לבקשת הצדדים, ומשהתמקדה החלטת בית משפט קמא בסוגיית התשתית הראייתית, יושב התיק לבית המשפט המחוזי לדיון בטענות שמקומן בשלב העיון, קרי, טענות לחסיון ולאינטרסים מוגנים (עניין נשר, פס' 7 ו-11; רע"א 3389/12 פלוני נ' בנק הפועלים בע"מ (5.8.2012)).

ניתן היום, ג' באלול התשע"ו (6.9.2016).

ש פ ט