



בבית המשפט העליון

רע"א 6762/12

לפני: כבוד הנשיא א' גרוניס

המבקשת: אי די בי חברה לפתוח בע"מ

נגד

המשיבים:

1. יעל כבירי שמיע
2. זמירה שמיע
3. אייל לפיד
4. רז שרטוב
5. ניר רב השקעות בע"מ
6. סוניה גוברמן
7. יאיר פקר
8. חיים ז'ק
9. דרור רצון
10. דב כהנא
11. קולווין טל
12. גרסון משה
13. אלפרד רב אל
14. אוזנוביץ אליעזר

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי
תל אביב מיום 21.11.2010 בתיק ת"צ 1543/09 שניתנה
על ידי כבוד השופטת סגנית הנשיאה ד"ר ד' פלפל

בשם המבקשת: עו"ד יוסף בנקל; עו"ד שמואל גלינקא; עו"ד ענבל רז

בשם המשיבים: עו"ד יצחק אבירם; עו"ד אורי הדר

פסק-דין

1. לפניי בקשת רשות ערעור המופנית נגד החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד סגנית הנשיאה ד' פלפל) להיעתר באופן חלקי לבקשת המשיבים למתן צו לגילוי ועיון במסמכים. ההחלטה ניתנה בגדר הליך בו ביקשו המשיבים להתיר להם לנהל תובענה ייצוגית נגד המבקשת (להלן – בקשת האישור).

2. מניותיה של המבקשת היו רשומות בעבר למסחר בבורסה לניירות ערך. בחודש ינואר 2009 פרסמה המבקשת הצעת רכש מלאה וזו הושלמה בחודש פברואר 2009, לאחר שרוב בעלי המניות שיגרו הודעות קיבול. בעקבות השלמת הצעת הרכש, הפכה המבקשת לחברה פרטית. ביום 17.5.2009 הגישו המשיבות 1-2, שהחזיקו במניות המבקשת, בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המבקשת. בבקשה התבקש סעד של הערכת שווי מניות המבקשת. המשיבות 1-2 טענו, כי התמורה שהוצעה בהצעת הרכש המלאה הייתה נמוכה. לאחר הגשת בקשת האישור, ובעקבות התפתחויות שאין צורך לפרטן, הוגשה בקשת אישור מתוקנת מטעם המשיבות 1-2 ותובעים ייצוגיים נוספים (המשיבים האחרים), שאף הם היו בעבר בעלי מניות של המבקשת. הסעד העיקרי המבוקש בבקשה המתוקנת הוא בטלות הצעת הרכש. לחלופין התבקש סעד של הערכה (השתלשלות העניינים מפורטת בהחלטותיי ברע"א 7471/09 אי די בי חברה לפתוח בע"מ נ' שמיע (טרם פורסם, 20.10.2009) ורע"א 2262/10 אי.די.בי. חברה לפתוח בע"מ נ' שמיע (לא פורסם, 19.4.2010)).

3. ביום 8.6.2010 הגישו המשיבים בקשה למתן צו גילוי מסמכים. ביום 21.11.2010 נעתר בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד סגנית הנשיאה ד' פלפל) לבקשה באופן חלקי. המבקשת הגישה בקשת רשות ערעור על החלטה (רע"א 89/11). במסגרת הליך זה ניתן ביום 14.2.2011 תוקף של החלטה להסכמת בעלי הדין לפיה תימחק בקשת רשות הערעור, וכי למבקשת תעמוד זכות להגיש בקשת רשות ערעור חדשה לאחר שיינתן פסק הדין בהליך העקרוני שעמד להכרעתו של בית משפט זה בנושא הערכת שווי של מניות, ברע"א 779/06 קיטאל החזקות ופיתוח בינלאומי בע"מ נ' ממן (ושני תיקים קשורים) (להלן – עניין קיטאל). ביום 28.8.2012 ניתן פסק הדין בעניין קיטאל על ידי הרכב מורחב של בית משפט זה. ביום 12.9.2012 הוגשה בקשת רשות הערעור שלפניי. בבקשה חוזרת המבקשת וטוענת, כי יש להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי. המשיבים, מצידם, מתנגדים לבקשה. החלטתי לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה.

4. כפי שצוין, המשיבים טוענים בבקשת האישור כי התמורה שהוצעה בהצעת הרכש לא הייתה הוגנת. אף שהסעד המרכזי בבקשת האישור הוא סעד של ביטול הצעת הרכש ולא סעד של הערכה, הרי בסופו של דבר שאלת שווין ההוגן של מניות המבקשת בגדר הצעת הרכש, הינה סוגיה מרכזית מאוד בהליך המתברר לפני בית המשפט המחוזי. כפי שצוין, לפני מספר חודשים קבע בית משפט זה בעניין קיטאל בדעת רוב, כי יש להעדיף את שיטת ה-DCF כשיטת בסיס להערכת השווי ההוגן של המניות בהצעת רכש מלאה, אלא אם כן נמצא כי הנתונים והמאפיינים של המקרה הקונקרטי מצדיקים יישום שיטת הערכה אחרת (לסיכום ממצה של ההלכה שנפסקה ראו שם, פסקה 1 לחוות דעתה של השופטת חיות).

שיטת ה-DCF, המעריכה את שווי החברה לפי תזרים המזומנים המהוון של נכסיה הנוכחיים ועל פי תזרים המזומנים המהוון שהיו מייצרות הזדמנויות ההשקעה העתידיות שלה, הועדפה על פני שיטות הערכה "שמרניות" המבוססות על נתוני עבר (ראו, עניין קיטאל, פסקה 64 לחוות דעתו של השופט דנציגר). הבחירה בשיטת ה-DCF משקפת למעשה את ההנחה כי עסקאות של רכישה כפויה של מניות המיעוט בידי בעל שליטה בחברה ציבורית, "מעוררות חשש מובנה לניגוד עניינים ולניצול כוחו של בעל השליטה על מנת להתעשר על חשבון בעלי מניות המיעוט" (שם), פסקה 54 לחוות דעתו של השופט דנציגר). זאת, בכך שהיא מאפשרת הערכת שווי על בסיס נתונה העסקיים של החברה ולא אך לפי בחינת שווי השוק של המניות בסמוך למועד הצעת הרכש. מן העבר השני, יש לזכור כי שיטת ה-DCF מציבה בפני התובע משוכה ראייתית משמעותית, בהשוואה לשיטות המסורתיות. כך, על מנת להעביר את נטל ההוכחה לכתפי הנתבע, במובן זה שיהא על הנתבע להראות כי הצעת הרכש הייתה הוגנת, הרי לפי השיטה שנבחרה בעניין קיטאל, הנטל הראשוני הוא על התובע הייצוגי להציג נתונים מפורטים לגבי נתונה העסקיים של החברה (לחלופין, הוא יכול להצביע על נסיבות אחרות העשויות להפוך את נטל ההוכחה. ראו שם, בפסקה 71 לחוות דעתו של השופט דנציגר).

5. בהתחשב בכך, הרי אין לשלול את האפשרות כי למרות שבבקשות לאישור תובענה ייצוגית חלים כללים מצומצמים יחסית לעניין גילוי ועיון (ראו, רע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס, פ"ד נז(4) 513 (2003)), הרי ייתכנו מקרים בהם יהיה זה מוצדק, נוכח קשיי ההוכחה האינהרנטיים החלים לגבי שיטת ה-DCF, להרחיב מעט את כללי הגילוי והעיון. זאת, כאשר מדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית התוקפת הצעת רכש מלאה. מובן, עם זאת, כי אין בכך כדי לאפשר לתובע הייצוגי לנהל "מסע דיג" בדרך של עריכת מקצה שיפורים בבקשות אישור מן הסוג האמור, לאחר הגשתן (ראו והשוו, עניין קיטאל, פסקאות 89-90 לחוות דעתו של השופט דנציגר). ברי, כי יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו, ולהתחשב בין היתר בהתנהלותו הדיונית של התובע הייצוגי. במילים אחרות, אין להבין מדבריי כאילו יש לקבל ללא הפעלת שיקול דעת כל בקשה לעיון וגילוי, או בקשה לתיקון כתבי-דין, המוגשת במסגרת בקשת אישור בה נתקפת הצעת רכש מלאה. לצד זאת, בהחלט ניתן להתחשב בכך שקשיי ההוכחה בבקשות מסוג זה הם בדרך כלל משמעותיים (ראו והשוו, רע"א 4778/12 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' נאור, פסקה 8 (טרם פורסם, 19.7.2012)).

6. במקרה דנא, רוב טענות המבקשת אינן מתמודדות באופן משכנע עם קביעת בית המשפט המחוזי כי היעדרות לבקשת הגילוי והעיון תוכל להשליך אור על שאלת התקיימות תנאי הסף לאישורה של התובענה כתובענה ייצוגית. יוער עוד, כי טענות המבקשת בבקשת

רשות הערעור, בדבר הנזקים שייגרמו לה אילו תיוותר על כנה החלטת בית המשפט המחוזי, הועלו בשפה רפה. יצוין, כי מנספחי בקשת רשות הערעור עולה, כי הטענות בנושא זה הועלו לפני בית המשפט המחוזי בלא שנתמכו בתצהיר. הוא הדין לעניין הטענות כי חלק מהמסמכים אינם נמצאים בשליטת המבקשת. טענות אלה הועלו באופן כללי בלבד, בלא שהובא פירוט של ממש מצד המבקשת.

7. למרות האמור, הגעתי למסקנה כי יש להחזיר את הדיון בבקשה לבחינה מחודשת על ידי בית המשפט המחוזי. הטעם המרכזי לכך הוא קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה הוא ער לכך "שחלק מהמסמכים פחות רלוונטיים להערכת השווי ע[ל]-פי שיטת ה-DCF, אך זכות הגילוי לגביהם נובעת מהיות המבקשים בעלי המניות בחברה ציבורית". יש לזכור, כי מאז מתן החלטת בית המשפט המחוזי, ניתן על ידי בית משפט זה פסק הדין בעניין קיטאל. בהתחשב בכך, דומני כי יש לערוך בחינה ברורה ומדויקת בנוגע למידת הרלוונטיות של כלל המסמכים נשוא הצו לשיטת ה-DCF. ודוקו, אפילו היו המשיבים רשאים לעיין במסמכים שאינם רלוונטיים לשיטה זו, מעצם היותם בעלי מניות של המבקשת בעבר, ואיני מחווה דעה בנושא זה, הרי אין מקום להורות למבקשת לאפשר למשיבים לעיין בהם בגדר ההליך הנוכחי. בקשת הגילוי והעיון לא הוגשה מתוקף הוראות הדין המקנות לבעלי מניות את הזכות לעיין במסמכי החברה, לדוגמה מכוח סעיפים 184, 185 ו-187 לחוק החברות, התשנ"ט-1999. כמו כן, הוראות הדין הנזכרות ממילא מגבילות את היקף המסמכים שבעל מניות רשאי לעיין בהם. מכאן, שככל שהמסמכים שאינם רלוונטיים לשיטת ה-DCF, אינם נמנים עם סוגי המסמכים שלבעלי המניות זכות לעיין בהם, הרי אין מקום להורות למבקשת לגלותם בגדר ההליך דנא.

8. אשר על כן, הערעור מתקבל. ההליך יוחזר לבית המשפט המחוזי על מנת שייתן החלטה חדשה בבקשת המשיבים, המתחשבת בשיקולים שהוצגו לעיל. מן הראוי, כי תינתן לבעלי הדין הזדמנות להשלים בקיצור את טיעוניהם לפני שתינתן החלטה חדשה. זאת, בהתאם למתכונת הדיונית שתיקבע על ידי בית משפט קמא. אין צו להוצאות.

ניתן היום, י"ט בכסלו התשע"ג (3.12.2012).

ה נ ש י א