



## בבית המשפט העליון

רע"א 5694/17

לפני: כבוד השופט די מינץ

- המבקשים:
1. בנק הפועלים בע"מ
  2. יאיר סרוסי
  3. ציון קינן
  4. אירית איזקסון
  5. מלי ברון
  6. אמנון דיק
  7. מאיר ויצ'נר
  8. ניר זיכלינסקי
  9. יאיר טאומן
  10. אמרי טוב
  11. יוסף ירום
  12. יעקב פאר
  13. אפרת פלד
  14. משה קורן
  15. נחמה רונן
  16. דפנה שוורץ
  17. עידו שטרן

נגד

המשיב: משה אהרוני

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב – יפו (כב' השופט מ' אלטוביה) מיום 22.6.2017 בת"א 23534-05-16

בשם המבקשים: עו"ד פנחס רובין; עו"ד ירון אלכאוי; עו"ד שירין גבאי מצגר

בשם המשיב: עו"ד תומר ברם

### פסק-דין

לפני בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (המחלקה הכלכלית) (כב' השופט מ' אלטוביה) מיום 22.6.2017 במסגרת ת"א 23534-05-16, בגדרה הורה בית המשפט למבקשים, בנק הפועלים בע"מ (להלן: הבנק) ונושאי משרה בו, להמציא לעיון המשיב מסמכים פנימיים שונים של הבנק הקשורים להיקף חובותיו

של מר אליעזר פישמן (להלן: פישמן) ו/או חברות הקשורות אליו (להלן: הקבוצה) לבנק; מסמכים הנמצאים ברשות הבנק אשר הוכנו על ידי פישמן או מטעמו; התכתבויות עם בנק ישראל ו/או כל רשות רגולטורית אחרת בקשר ליחסי הבנק עם הקבוצה.

1. המשיב, אשר מחזיק ב-1,822 מהון המניות המונפק של הבנק, הגיש ביום 10.5.2016 בקשה לגילוי ועיון במסמכים הדרושים לו לצורך בחינת האפשרות להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת נגד המבקשים. טענות המשיב נוגעות להתנהלות המבקשים בכל הנוגע למתן האשראי וההלוואות לפישמן ו/או לקבוצה. חובו של פישמן והקבוצה לבנק נאמד, נכון להיום, בכ-1,500,000,000 ש"ח, וחלק נכבד מסכום זה לא יפרע.

2. לאחר שבחן את טענות הצדדים ועיין בכלל המסמכים שהונחו לפניו, קבע בית המשפט המחוזי כי יש לקבל את הבקשה ולהורות על גילוי המסמכים. בית המשפט דחה את מרבית טענותיו של המשיב וקבע כי אין בהן כדי לעמוד בדרישה הראייתית ולו המינימלית, המבססת בקשה לגילוי מסמכים במסגרת הליך מקדמי של הגשת בקשה להגשת תביעה נגזרת. עם זאת, ההחלטה המורה למבקשים לגלות את המסמכים המבוקשים, התבססה על שני מסמכים אשר צורפו לתשובת המשיב לתגובת המבקשים (להלן: המסמכים) ואשר נקבע כי יש בהם כדי להצביע על פגמים בהתנהלות המבקשים.

3. המסמך הראשון עליו נסמכה ההחלטה הינו תצהירו של פישמן שניתן במסגרת הליכי פשיטת הרגל שבסופם ביום 21.6.2017 הוא הוכרז פושט רגל (פש"ר 08-3642-16) (להלן: התצהיר). לפי האמור בתצהיר, עוד בשנת 2006 וכתוצאה מהיחלשות מטבעות שונים, נגרמו לו ולקבוצה הפסדים כבדים. המסמך השני הינו פרוטוקול הדיון מיום 5.9.2016 בהליך הפש"ר האמור ובפרט דבריו של בא כוח המבקשים שנאמרו באותו דיון כדלקמן:

"...הבה נניח שכשהעמדתי את האשראי לרכישת ידיעות אחרונות בשנת 1997, 1998 ואולי מאוחר יותר בסדר גודל של 300 מיליון ש"ח לעומת מחיר רכישה של 1.1 מיליון ש"ח, הבה נניח שלא הייתי מספיק זהיר, ונניח שלנוכח אמות המידה של היום חוב כזה, מתוך ניסיון עסקים, הייתי לוקח מרווח עוד יותר גדול, זה לא מאיין את החוב, זה לא מעמיד אותו בסימן שאלה – זה לעניין הורתו של החוב, בהיבט יצירת החוב."

משני המסמכים הסיק בית המשפט כי כבר בשנת 2006 לכל המאוחר, נקלעה הקבוצה להפסדים כבדים אשר שינו באופן מהותי את מצבה הכלכלי, ועל אף זאת לא נמנעו מנהלי הבנק ממתן אשראי לפישמן ולקבוצה ולא צמצמו את חשיפת הבנק לסיכון הכרוך בכך.

4. בהתחשב בהפסדים הכבדים שהיו לקבוצה עוד בשנת 2006, ומאחר ולכאורה לא ננקטו צעדים לפירעון חובות הקבוצה ואף הוענק אשראי נוסף בתקופה זו, קבע בית המשפט המחוזי כי מתקיימת תשתית ראייתית ראשונית לקיומם של התנאים לאישור תביעה נגזרת. לפיכך הורה בית המשפט על גילוי ועיון במסמכים תוך 60 יום מיום מתן ההחלטה, שיעשה באמצעות ובפיקוח גוף המורכב מנציג בנק, משקיף-מפקח מטעם בית המשפט והמשיב.

5. על ההחלטה האמורה הוגשה בקשת רשות הערעור שלפני, אליה צורפה גם בקשה לעיכוב ביצוע. ביום 16.7.2017 הורתי על עיכוב ביצוע ההחלטה ונתבקשה תגובת המשיב לבקשה.

#### טענות המבקשים

6. לטענת המבקשים, המשיב לא ביסס תשתית ראייתית ראשונית לבקשת הגילוי. במסגרת בקשת הגילוי מבקש המשיב לבצע הליך גילוי מסמכים כללי וגורף, מה שמעיד על כך כי לא קיימות לו טענות קונקרטיות כלשהן, והוא נסמך רק על הנזק הרב שנגרם לבנק בעקבות מתן האשראי לקבוצה. בקשת גילוי מסמכים אינה יכולה להוות אכסניה להליכי חקירה המתבקשים על ידי בעל מניות, ללא שקיימת תשתית ראייתית ראשונית לקיומה של עוולה או הפרת דין.

7. לטענת המבקשים, בית המשפט המחוזי לא היה רשאי להסתמך על שני המסמכים עליהם ביסס את החלטתו, ולו מפני שאלו לא צורפו לבקשת הגילוי ולפיכך לא הייתה למבקשים אפשרות להפריכן. לגופו של עניין, המסמכים אינם מהווים ראיה לכך שהבנק לא פעל לצמצום האשראי והחשיפה מול הפעילות העסקית הרעועה של הקבוצה לאחר שנת 2006. ההיפך הוא הנכון. תצהירו של פישמן מתאר את המשבר שפקד את הקבוצה בשנת 2006 אך אינו מעיד על העדרן של פעולות גבייה מצד הבנק. גם הציטוט שהובא מתוך דברי בא כוח המבקשים אינו נוגע לעניין. כל שנאמר בהקשר זה הוא שבמסגרת הליכי פשיטת הרגל, אין משמעות לשאלה האם הייתה תבונה בהעמדת האשראי. הבנק זכאי להיפרע גם בגין הלוואות שהיו בעלות מאפייני סיכון גבוהים. באשר לקביעת בית המשפט המחוזי, לפיה בתקופה האמורה הוענק לקבוצה

אשראי נוסף, טוענים המבקשים כי מדובר בטעות שנפלה בהחלטה בשל הבנה שגויה של הנאמר בדיון. בקטע המצוטט, הסביר בא כוח המבקשים כי בטוחה על נכס מסוים שהבטיחה חוב מסוים הורחבה על ידי הבנק כך שתחול ותבטיח אשראי נוסף. הרחבה של בטוחה שפעלה לטובת הבנק אינה יכולה להוות עילה להגשת תביעות נגד בעלי תפקיד. יתר על כן טוענים המבקשים כי מן המסמכים ניתן ללמוד דווקא על הליכי הגבייה שנקט הבנק לאורך השנים. בנוסף, החלטות הבנק בדבר אופן גבייתו של חוב כלולות בשיקול הדעת העסקי של נושאי המשרה ולכן כל עוד לא הוכח פגם כדוגמת ניגוד עניינים, חוסות החלטות אלו תחת "חזקת התקינות".

8. עוד לטענת המבקשים, החלטת בית המשפט המחוזי המאפשרת הלכה למעשה עיון במסמכים לצורך ביסוס תשתית ראייתית ראשונית, נוגדת את הוראות החוק והפסיקה לפיהן לצורך מתן עיון במסמכים על מבקש הגילוי להעמיד תשתית ראייתית ראשונית לקיומה של עילת תביעה פוטנציאלית ולכך שניהול התביעה הוא לטובת החברה. לטענת המבקשים, החלטת הגילוי בענייננו מרוקנת מתוכן את דרישת התשתית הראייתית הראשונית, שכן היא נסמכת על אמירות התלושות מהליכים אחרים, שלא התקיים לגביהן כל דיון ושלא ניתנה למבקשים הזדמנות להתייחס אליהן. בנוסף, התשתית הראייתית הראשונית עליה הצביע בית המשפט אינה מבססת עילת תביעה קונקרטית כלפי המבקשים. בית המשפט הסתפק באמירה כללית לפיה לא ננקטו צעדים לפירעון חובות הקבוצה. לאחר שציין בית המשפט כי לא הצביע המשיב על מעשה או מחדל קונקרטיים, נקבע כי מחדל זה נובע מפער המידע הקיים, אותו ניתן לצמצם על ידי מתן עיון במסמכי הבנק. ברם, קביעה זו עומדת בסתירה להלכה לפיה אין לאפשר גילוי על פי סעיף 198א לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: החוק) מבלי שהמבקש עמד תחילה בנטל הראייתי הראשוני. כך חותרת קביעת בית המשפט תחת האיזון החקיקתי בין הרצון להתגבר על פערי המידע לבין החשש מניצול לרעה של הליכי הגילוי ומניעת "מסעות דיג".

9. לטענת המבקשים, שגה בית המשפט המחוזי גם בכך שהתעלם מתחולת החיסיון הקיים בסעיף 15א לפקודת הבנקאות, 1941 (להלן: פקודת הבנקאות) והורה בין היתר על מתן גילוי ועיון ב"כל ההתכתבויות עם בנק ישראל ו/או כל רשות רגולטורית אחרת בקשר ליחסי הבנק עם קבוצת פישמן". ברם, עבודת הביקורת של בנק ישראל וקשרי הגומלין שבין בנק ישראל לבין הבנק הינם סודיים על פי הוראת סעיף 15א לפקודת הבנקאות. בעניין זה גם שגה בית המשפט שעה שהורה על הסרת החיסיון הבנקאי תוך מתן צו נרחב לגילוי מסמכים חסויים. כל זאת בעוד בקשת הגילוי עצמה לא העמידה תשתית ראייתית מספקת לכך.

10. לפיכך טוענים המבקשים כי קיים צורך להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי וליתן רשות ערעור ולקבל את הערעור בהתאם. אין ספק כי דחיית רשות הערעור ומתן האפשרות לערער על החלטה זו רק בשלב הערעור על פסק הדין הסופי שיינתן אם יינתן לטובת המשיב, תהפוך את הליך הערעור לתיאורטי תוך גרימת נזק בלתי הפיך למבקשים.

#### תשובת המשיב

11. לטענת המשיב, המסמכים שגילויים אושר במסגרת פסק דינו של בית המשפט המחוזי אינם חסויים, ולכל הפחות קיימת הצדקה להסיר את החיסיון אשר לכאורה מוטל עליהם. מקום שבו גילוי המידע עדיף על שמירת החיסיון בשל תרומתו לבירור האמת, מוסמך בית המשפט לצוות על המצאת מסמכים חרף החובה לשמור על סודיותם. בניגוד לעמדת המבקשים טוען המשיב כי כאשר מדובר בבקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק, יש לצמצם את תחולת החיסיון הבנקאי וזאת על אף שמדובר בפגיעה בצדדים שלישיים. הבנק הינו גוף "מעין ציבורי" ולכן בהתאם לפסיקה, הנטייה תהיה לצמצם את החיסיון ולחייבו בגילוי בהיקף רחב יותר. יש להדגיש כי עוד במסגרת בקשת הגילוי התחייבו המשיב ובא כוחו לשמור על סודיות המידע ולא לעשות בו שימוש שלא במסגרת תביעה נגזרת, ככל שתוגש.

12. באשר לתשתית הראייתית הנדרשת. ההכרה בפערי הכוחות הקיימים בתביעה נגזרת הם שהולידו את ההסדר הייחודי הקבוע בסעיף 198א לחוק. לפיכך על מנת לצמצם את פערי הכוח העלולים לסכל את הגשתן של תביעות לטובת החברה, נוהגת הפסיקה לפרש בצמצום רב את המונח "תשתית ראייתית ראשונית". הנטל הראייתי המוטל על מגיש בקשה בהתאם לסעיף 198א לחוק הינו נמוך למדי. למעשה, די להראות כי הבקשה אינה בקשת סרק או בקשה חסרת בסיס. לטענת המשיב, במסגרת כתבי טענותיו הוא העמיד תשתית ראייתית איתנה המוכיחה כי פישמן היה למעשה פושט רגל כבר בשנת 2006. המשיב הוכיח כי פישמן הפר את הסכמי ההלוואה שלו עם הבנק במשך למעלה מעשר שנים, לכל הפחות. במשך שנים ארוכות התעלמו המבקשים ממצבו הכלכלי של פישמן ואפשרו לו להמשיך ולהגדיל את נזקו של הבנק ואף העניקו לו אשראי חדש בשנת 2016. הרף שבו נדרש המשיב לעמוד הוא רף נמוך בהרבה לעומת מכלול הראיות הנרחב שהציג בפני בית המשפט המחוזי. המסמכים שצורפו לבקשת הגילוי, כל אחד בפני עצמו וקל וחומר משקלם המצרפי, ובשילוב עם עצם קיום החוב העצום של פישמן כלפי הבנק – יוצקים תשתית ראייתית המצדיקה את קבלת בקשת הגילוי. המשיב הציג מסמכים המהווים ראשית ראיה לכשלים חמורים

שנפלו בהתנהלות הבנק ולא הסתפק אך בהצגת מסמכים המבססים את גובה החוב. טענת המבקשים לפיה יש להעלות את רף משוכת התשתית הראייתית הנדרשת כאשר הגילוי המבוקש מתייחס למסמכים סודיים אינה ממין העניין ואף לא נטענה לכל אורך ההליך בפני בית המשפט המחוזי.

13. באשר לטענת המבקשים להרחבת חזית מצד המשיב, נטען כי מספר שבועות לאחר הגשת תשובת הבנק לבקשת הגילוי, הגישה רשות המיסים בקשה להכריז על פישמן פושט רגל. בעקבות בקשה זו נחשפו מסמכים רבים רלוונטיים לבקשת הגילוי וביניהם פרוטוקול הדיון בתיק הפש"ר, החלטת בית המשפט להכריז על פישמן פושט רגל ומסמכים של הבנק עצמו. מסמכים אלו לא היו בידי המשיב עד לאותו מועד והם נוגעים ללב המחלוקת ואינם מרחיבים את גבולותיה או את טענות המשיב. אילו אכן היו המבקשים מעוניינים להפריך ולסתור את המסמכים שהוגשו, הם היו יכולים לעשות כן במסגרת הדיון שהתקיים בפני בית המשפט המחוזי שהרי תגובת המשיב לתשובת הבנק לבקשת הגילוי הוגשה טרם הדיון בבקשת הגילוי והרבה לפני הגשת סיכומי הצדדים בבקשה. המבקשים בחרו שלא להתייחס למסמכים אלו, על אף שהיו להם הזדמנויות רבות לעשות כן ולפיכך מדובר בטענה כבושה. בפסק דינו התייחס בית המשפט המחוזי לטענה זו וקבע כי צירוף הראיות לצורך ביסוס התשתית הראייתית הראשונית הנדרשת אינה בגדר הרחבת חזית. זאת בהתחשב בפער המידע בין הצדדים ובמועד גילוי הראיות הנוספות. עוד חשוב לציין כי כלל המסמכים האמורים היו מצויים בידי המבקשים לפני שהגיעו לרשות המשיב.

14. באשר לטענת המבקשים לפיה ננקטו צעדים לגביית חובותיו של פישמן, נטען כי לכתבי הטענות שהוגשו על ידי הבנק לא צורפה מעולם כל ראיה לכך. במסגרת הדיון בבקשת הגילוי לא הוגש אף תצהיר מטעם הבנק, לא הוגש שום מסמך מטעמו ולא העיד אף נציג של הבנק. בדומה, גם טענתם באשר לשיקול הדעת העסקי, שאף היא לא נטענה בבקשת הגילוי, דורשת הצגת גרסה עובדתית המגובה בראיות ותצהיר. אלא שהמבקשים לא הציגו כל עובדה ביחס להתנהלותם מול הקבוצה ומול פישמן עצמו. בנסיבות אלה מושתקים המבקשים מלטעון לקיומו של שיקול דעת עסקי. המבקשים ויתרו מיוזמתם על קיום דיון הוכחות בפני בית המשפט המחוזי, כמו גם על חקירת המשיב על תצהיריו ועל המסמכים שצורפו להם. עוד ויתרו המבקשים על צירוף מסמכים וראיות שיש בהם כדי לקעקע את טענות המשיב.

15. לסיכום, קבלת רשות הערעור תביא לכך שחובותיו האדירים של פישמן לא יבחנו בחינה אובייקטיבית על ידי גורמים שאינם קשורים למבקשים, ויכולים,

באמצעות תביעה נגזרת, לגרום לאחראים על נזק זה לפצות את הבנק ואת בעלי מניותיו. לכן לטענת המשיב צדק בית המשפט המחוזי בקבלתו את בקשת הגילוי.

דיון והכרעה

16. בהתאם לתקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי) ולאחר שהתקבלה הסכמת המשיב לכך, החלטתי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה.

17. הליך תביעה נגזרת מאפשר לכל בעל מניה ולכל דירקטור בחברה להגיש תובענה בשם החברה, בגין עילת תביעה של החברה (ס' 194(א) לחוק). ההליך נועד להתגבר על הימנעותם של נושאי המשרה המוסמכים להגיש תביעה בשם החברה. מטבע הדברים כאשר הדירקטורים עצמם הפרו את אחת מן החובות החלות עליהם כלפי החברה, סביר להניח כי לא יבחרו להגיש תביעה נגד עצמם, דבר המכונה "בעיית הנציג" (וראו: זוהר גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" חיבורי משפט 239 (תשנ"ז); יוסף גרוס חוק החברות א 379, 381 (מהדורה חמישית, 2016)). התביעה הנגזרת היא אפוא "דרך המלך" להתערבות בעלי המניות בעמידה על זכויות החברה כאשר אלה מופקרות על ידי מנהליה הנמנעים שלא בצדק מהגשת תביעה (ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673, 690 (2004); רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי (24.12.2013)). עם זאת, נוכח החשש לשימוש לרעה בכלי זה, הזכות להגשת תביעה נגזרת טעונה את אישורו של בית המשפט, שיינתן באותם המקרים בהם שוכנע כי "התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב" (סעיף 198(א) לחוק; רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי (27.8.2014) (להלן: עניין אינטרקולוני)).

18. סעיף 198א אשר הוסף לחוק ביום 15.3.2011 (חוק החברות (תיקון מס' 16), התשע"א-2011) קובע כי מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת, רשאי לבקש מבית המשפט להורות על גילוי מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת. זאת הן בטרם הגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת והן לאחריה. ככלל, הליך גילוי המסמכים (המוסדר גם בתקנות 112-122 לתקנות סדר הדין האזרחי), הוא אחד מן הכלים החשובים בדין האזרחי. תכליתו של הליך זה הינה החתירה לחשיפת האמת, ואחד מן הטעמים המרכזיים שביסודו הוא ההכרה בפערי המידע הקיימים בין התובע לנתבע. מקום שבו מדובר בתביעה נגזרת, אף מתעצמים פערי המידע האמורים. באופן טבעי מצוי המבקש בחיסרון מידע לעומת החברה שכן נגישותו לאותו מידע הנחוץ לו כדי לבסס את עילת תביעתו נמוכה (עניין אינטרקולוני, בפסקה 58).

19. סעיף 198א האמור, קובע את הזכות להגשת בקשה לגילוי מסמכים במסגרת הליך התביעה הנגזרת, ונוסחו כדלקמן:

198א. (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 198א.

הסדר זה הינו ייחודי והוא מאפשר הגשת בקשה לגילוי מסמכים עוד בטרם הגשת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת. ניתן ללמוד על התכלית שביסוד ההסדר מדברי ההסבר לחוק כדלקמן:

“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 לבעלי מניות להגיש תביעות של החברה, לטובת החברה, מוצע להסמיך 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” (ה”ח הממשלה 574 496 (10.3.2010).

20. אלא שלצד האינטרס שבחשיפת המידע, יש לזכור כי מדובר בשלב מקדמי וכי קיים חשש מפני שימוש לרעה בהליך גילוי המסמכים (רע”א 7327/16 ברק נ’ גזית-גלוב בע”מ (6.12.2016) (להלן: עניין ברק)). לפיכך מתנה סעיף 198א(ב) את הגילוי בהעמדת “תשתית ראייתית ראשונית” באשר לקיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת המנויים בסעיף 198א(א) לחוק והם כי התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב. התשתית הראייתית הדרושה לצורך הוצאת צו גילוי המסמכים, בניגוד לעצם אישור הגשת התביעה הנגזרת עצמה – מצויה ברף הנמוך, בהיותה “ראשונית” (עניין אינטרקולוני, בפסקה 64). מדובר אך בנטל ראשוני בו נדרש המבקש לשכנע את בית המשפט כי הבקשה לאישור התביעה הנגזרת אינה בקשה חסרת בסיס או בקשת סרק (תנ”ג (מחוזי ת”א) 7528-12-13 הרפז נ’ בנק הפועלים בע”מ (10.11.2014)). על מנת שייעתר בית המשפט לבקשת גילוי המסמכים במסגרת בקשה



להגשת תביעה נגזרת, על מבקש הגילוי לעמוד אם כן במספר דרישות וכפי שקבע בית משפט זה ברע"א 3487/16 יפעת נ' בנק לאומי לישראל, בפסקה 15 (6.9.2016):

"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".

אלא שהמונח "תשתית ראייתית ראשונית" נותר עמום במידה רבה, ועל בית המשפט ליצוק בו תוכן בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו. אין די בהפסד כספי כשלעצמו על מנת לבסס את התשתית הראייתית הנחוצה כאמור, שכן "הפסדים הם חלק בלתי נפרד מהמציאות העסקית המאופיינת לרוב בניהול סיכונים היכולים להניב רווחים או להסב הפסדים" (עניין ברק, פסקאות 7-8).

21. בעוד שלא קיים ספק כי מכלול המסמכים אשר הורה בית המשפט המחוזי על גילויים עומדים בדרישת הרלוונטיות להליך, לא כך באשר לעמידתו של המשיב בדרישת "התשתית הראייתית הראשונית" על סמך אותם שני מסמכים עליהם השתית כאמור בית המשפט המחוזי את החלטתו.

22. הנה כי כן, הצהרתו של פישמן לפיה כבר בשנת 2006 נקלעה הקבוצה להפסדים כבדים אינה מעידה על היעדרן של פעולות גבייה או על מתן אשראי בלתי מבוקר מצד המבקשים. כך, גם הצהרתו של בא-כוח המבקשים במסגרת הדיון שהתקיים בפשיטת רגלו של פישמן אין בה כדי ללמד על ליקויים בהתנהלות הבנק, שכן על פניו כוונת עורך הדין הייתה להבהיר כי במסגרת הליכי פשיטת רגל זכאי נושה להיפרע בגין הלוואות שניתנו ללא קשר לסיבה שעמדה מאחורי מתן האשראי. מכך לא ניתן להסיק באופן ישיר או עקיף כי אכן נמנע הבנק מנקיטת צעדים לפירעון חובות פישמן והקבוצה.

23. ובשולי הדברים. ביום 12.12.2016 מונה מנהל מיוחד לנכסי החייב (נספחים 2 ו-15 לתשובת המשיב). 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. בידיו 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.

24. לאור האמור, אין עוד צורך לדון בטענות המבקשים באשר לחיסיון כמו גם בטענותיהם באשר להיקף הגילוי.

לבסוף, היום התקבלה הודעה על התייצבות היועץ המשפטי לממשלה אשר ביקש כי ככל שהמשיב יעמוד על בקשתו לקבל מסמכים אשר לכאורה חוסים תחת הסודיות הקבועה בסעיף 15א לפקודת הבנקאות, שתינתן לו האפשרות להגיש את עמדתו בטרם תינתן החלטה בבקשה. ברם, נוכח התוצאה, התייתר הצורך להידרש לבקשה זו.

אשר על כן, הערעור מתקבל והחלטת בית המשפט המחוזי המורה על גילוי המסמכים מבוטלת. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ניתן היום, ט"ו באב התשע"ז (7.8.2017).

ש ו פ ט