

המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

תנ"ג (תל-אביב-יפו) 21785-02-11

כב' השופט חאלד כבוב

יונתן בן עמי

נגד

1. מנורה מבטחים החזקות בע"מ

2. מנורה מבטחים ביטוח בע"מ

בשם המבקש - עו"ד עמית מנור ו/או יוקי שמש

בשם המשיבות - עו"ד פנחס רובין ו/או הראל שחם

החלטה

פתח דבר

1. המבקש, בעל מניות מיעוט במנורה מבטחים החזקות בע"מ- המשיבה 1 (להלן: "מנורה החזקות"), הגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת בשם מנורה מבטחים ביטוח בע"מ- המשיבה 2 (להלן: "מנורה מבטחים"), בשל מעשים ומחדלים נטענים של נושאי משרה בכירים במנורה ביטוח (ה"ה קלמן ודוויק), שלטענתו הסבו לאחרונה, נזקים כספיים בסך של עשרות מליוני שקלים. נזקים אלו, לטענתו, נגרמו בעטיין של הלוואות שנתנה מנורה ביטוח (חברת הבת של מנורה החזקות, כשחברת האם הינה בעלת המניות היחידה בחברת הבת) לגורמים שונים, ואשר נפלו בהן פגמים קשים.
2. כעת בפני בקשה לגילוי מסמך ספציפי שהוגשה במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת שהגיש המבקש כנגד המשיבות (להלן: "הבקשה" ו"הבקשה לאישור" בהתאמה). המסמכים המבוקשים בבקשה הם: 1. דו"ח הביקורת החקירתית המלא שהוכן ע"י המפקח על הביטוח ושוק ההון בצירוף עם משרד רו"ח בר-לב ושות', בקשר עם האירועים נשוא הבקשה דנן לאישור התביעה הנגזרת. 2. דו"ח ביקורת פנימית שהוכן בקשר עם האירועים נשוא הבקשה לאישור התביעה כנגזרת.
3. השאלה המקדמית והמהותית העולה אגב דיון בבקשה זו היא מעמדו של המבקש, והאם כמחזיק מניות בחברת האם הוא זכאי להגיש את התביעה הנגזרת בשם חברת הבת (תביעה נגזרת כפולה)?

טענות המבקש

4. לטענת המבקש חרף פניותיו למשיבות שתגלנה את המסמכים האמורים, אלו לא גולו. לדבריו ההלכה העוסקת בגילוי מסמכים בשלב הבקשה לאישור תביעה נגזרת רע"א 11126/08 לבייב נ' רפאלי, [להלן: "עניין לבייב"] הציבה שלושה תנאים שעל מגיש תביעה נגזרת לעמוד בהם, כדי שבקשתו לגילוי מסמכים תאושר: (1) המסמכים המבוקשים צריכים להתייחס לתנאי הסף של בקשת האישור. (2) על המבקשת להראות כי הועמדה תשתית ראייתית ראשונית המלמדת על התקיימותם של תנאי הסף של בקשת האישור. (3) יש לשמור על כללי סודיות בכל הנוגע למסמכים שגילויים מתבקש. לטענת המבקש שלושת התנאים מתקיימים בענייננו.
5. לעניין התנאי הראשון כי גילוי המסמכים נדרש לצורך סיוע בהוכחת תנאי הסף, טען המבקש כי המסמכים המבוקשים דרושים לסייע לו בהוכחת עילת תביעה לכאורה העומדת למשיבה כנגד הנתבעים הפוטנציאליים (ה"ה ארי קלמן וירון דוויק). כן במסגרת בקשת האישור טען המבקש כי הנתבעים הפוטנציאליים הפרו את חובת הזהירות בה חבים כלפי מנורה, משאישרו הענקת הלוואות נטולות בטחונות או מגובות בבטוחות בהיקף מאוד נמוך ביחס לסכום ההלוואות. כן לטענתו הם גרמו למנורה ביטוח להפר את תקנה 8 לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (דרכי השקעת ההון והקרנות של מבטח וניהול התחייבויותיו), התשס"א - 2001. כן נטען כי במעשיהם ומחדליהם הסבו למנורה ביטוח נזק העולה כדי עשרות מליוני ₪.
6. באשר לדוח הביקורת החקירתית, טוען המבקש כי המשיבה 1 פרסמה דוח מידי לבורסה אך צרפה את תמציתו של דוח הביקורת החקירתית בלבד ומתמצית זו עולה כי בדוח המפורט והמבוקש יש התייחסות מפורטת, מעמיקה ורצינית לסוגיות המרכזיות שבבסיס בקשת האישור. המבקש פרט בבקשתו חלקים מתמצית דוח הביקורת החקירתית אשר לטענתו מהם עולה בברור כי הוא עוסק בסוגיות שהינן בליבה של בקשת האישור, וכי גילוי יסייע לו להוכיח את דבר קיומה של עילת תביעה לכאורה, העומדת למנורה ביטוח נגד הנתבעים הפוטנציאליים.
7. כן לגבי דוח הביקורת הפנימית גם הוא עוסק בסוגיות מרכזיות שבבסיס בקשת האישור, ולטענת המבקש לפי פסק הדין המנחה בסוגיית גילוי דוח ביקורת פנימית רע"א 6546/94 בנק איגוד נ' אזולאי, פד"י מט (4) 54 (1993) [להלן: "עניין אזולאי"] דוח זה אינו קביל, אך הוא גם נעדר חיסיון ובר גילוי, וגילוי למבקש יסייע בידיו להוכיח את דבר קיומה של עילת תביעה לכאורה העומדת למשיבה (ולמנורה ביטוח) נגד הנתבעים הפוטנציאליים.
8. לטענת המבקש הוא עומד גם בתנאי השני הנדרש של העמדת תשתית ראייתית ראשונית וכי בבקשת האישור העמיד תשתית ראייתית, העולה בשיעור ניכר על הדרישה לתשתית ראייתית ראשונית, הן באשר לעילת התביעה והן באשר לתנאי הסף הנוספים ופרט המסמכים השונים שצרף ואשר לטעמו עומדים בדרישת התשתית הראייתית.
9. המבקש מוסיף ומפרט כי גם מתקיים בענייננו התנאי השלישי הנדרש, העדר פגיעה בסודות מסחריים, וכי לא יכולה לקום טענה לפיה המסמכים המבוקשים פוגעים כביכול בסודות מסחריים כלשהם של מי מהמשיבות ומכל מקום הדין והפרקטיקה הנוהגת מכירים במתן הגנות בסיטואציה כגון זו כגון איסור פרסום, סודיות וכו'.

טענות המשיבות

10. לטענת המשיבות, עוד טרם הידרשות לסוגיית הגילוי הרי שהבקשה טעונה סילוק על הסף, מהטעם שהמבקש לא עמד בתנאי עניין לבייב, משלא עמד בתנאים מינימאליים לאישור התובענה כנגזרת: (1) המבקש איננו בעל מניות במנורה ביטוח (2)

לא צירף לבקשת האישור את הנתבעים הפוטנציאליים (3) לא מילא אחר דרישת הפנייה המוקדמת הסטטוטורית (4) אין להתעלם מהפטור שניתן לנושאי המשרה כנגדם מתבקשת הגשת התביעה (5) דירקטוריון בלתי קונפליקטורי החליט להימנע מהגשת תביעה שאיננה לטובת החברה.

11. כפי שמפרטות המשיבות, עניינה של בקשת האישור נסוב סביב הלוואות שהעניקה המשיבה 2, מנורה ביטוח ולא חברת מנורה החזקות, אלא שהמבקש אינו בעל מניות ו/או דירקטור במנורה ביטוח, אלא רק בעל מניות נטען במנורה החזקות, שעה שמבקש לאשר את תובענתו כתובענה נגזרת בשמה של מנורה ביטוח. המבקש הוא בעל מניות בחברת האם, אך לא בחברת הבת, שכנגדה מוגשת בקשת האישור. כל שיש למבקש אם בכלל היא זיקה לקומץ מניותיו במנורה החזקות שהינה בעלת השליטה במנורה ביטוח, ואין להתיר לבעל מניות בחברת האם להגיש תובענה נגזרת בשם חברת הבת.

12. זאת ועוד, בקשת האישור הינה "גלגול שני" של תובענה ובקשה לאישור תביעה נגזרת שהגיש כבר המבקש לבית המשפט המחוזי כאן ביום 8.2.10 (תנ"ג-14038-10-02) שאליה צורפה כמשיבה רק חברת מנורה החזקות (המשיבה 1 בענייננו) ואשר לטענת המשיבים הינה דומה לבקשת האישור הנוכחית. במסגרת בקשת האישור בהליך הקודם הגישה מנורה החזקות תגובה, בה טענה כי יש לסלק את בקשת האישור על הסף מחמת אי צירופם של נתבעים פוטנציאליים רלבנטיים שעלולים להיפגע מהבקשה (נושאי המשרה שכנגדם מתבקשת הגשת התביעה) וכי ביום 6.2.11 נערך דיון בפני כב' השופט בנימיני ובסיומו ניתן פס"ד שמחק בהסכמת ב"כ המבקש ובלא התנגדות ב"כ המשיבה את הבקשה לאישור תובענה נגזרת וזאת לאור הערות בית המשפט, הכל כאמור בהחלטה זו.

13. המשיבות טוענות כי "הערות בית המשפט" מצאו חלקן ביטוי בפרוטוקול וכללו בין היתר מתיחת ביקורת מצידו של בית המשפט על כך שהמבקש לא צרף כצדדים להליך בקשת האישור הקודמת את הנתבעים הפוטנציאליים הרלבנטיים, שעלולים להיפגע מהבקשה- נושאי המשרה כנגדם מתבקשת הגשת התביעה. לטענת המשיבים, המבקש הגיש לאותו בית משפט בקשה מחודשת, מבלי לרפא את הפגם עליו הצביע בית המשפט הנכבד, צירוף הנתבעים הפוטנציאליים. אמנם הלה כבר כלל אותם בתביעה הנגזרת, אך לא בבקשה לאישור, שעה שמדובר בבקשה מהותית ביותר מבחינת ה"ה קלמן ודוויק, ועמדתם חיונית ונדרשת לדין ולהכרעה בבקשה לאישור תביעה נגזרת, מה גם שהם עלולים להיפגע מניהולו של ההליך בלי שקולם יישמע ולא מן הנמנע שיש להם טענות טובות להדיפת הבקשה.

14. נוסף על כל זאת וכפי שמפרטים המשיבים, לוקה בבקשת האישור המחודשת בפגמים נוספים ובכללם אי משלוח מכתב "פנייה מוקדמת" סטוטוטורי למנורה ביטוח כמצוות סעיף 194 לחוק החברות, התשנ"ט - 1999 [להלן: "חוק החברות"] וכי די בכך לסלק את בקשת האישור על הסף ופנייה כאמור יכולה להיעשות רק על ידי בעל מניות במנורה ביטוח. תנאי מקדמי להגשת תביעה נגזרת הוא פנייה כתובה לחברה ליו"ר דירקטוריון החברה, ובה יפורטו העובדות היוצרות עילת התביעה והנימוקים להגשתה, אלא שהמבקש לא פנה בכתובים למנורה ביטוח כל שכן לא דרש ממנה למצות זכויותיה בדרך הגשת תובענה עובר לבקשת האישור. אין בפנייתו המוקדמת למנורה החזקות עובר לבקשת האישור הקודמת כדי למלא אחר דרישות החוק, משבקשת האישור הקודמת והנוכחית אינן זהות (השוני העיקרי הוא "ראש נזק" חדש בעניינו בקנס בגובה של 14 מליון ₪) וכן המכתב נשלח למנורה החזקות ולא למנורה ביטוח שאותה מתיימר המבקש לאלץ להגיש תביעה כנגד נושאי המשרה.

15. כן מנורה ביטוח פטרה את נושאי המשרה בה ובכלל זה את נושאי המשרה שהמבקש מבקש לתובעם כאן מראש ובאופן בלתי חוזר מאחריות בשל נזק כלשהו שייגרם (אם

וככל שייגרם) עקב רשלנותם, ופטור זה אושר כדין ע"י מוסדותיה של מנורה ביטוח לרבות האסיפה הכללית של בעלי המניות בחברה וביטלה האפשרות לתביעה נגזרת כנגדם. במסגרת בקשתו זו ניסה המבקש לשכלל את טענותיו על מנת לנסות ולחמוק מתחולתו של הפטור בנסיבות העניין, אלא שלא כטענת המבקש נושאי המשורה לא פעלו בפזיזות וכן הפטור שניתן לנושאי משורה חל ביחס למועדים הרלבנטיים לעניין ההלוואות.

16. כן עובר להגשת בקשת האישור הקודמת, ובמענה לפניית המבקש, החליט דירקטוריון מנורה החזקות שלא להפעיל את כוח שליטתו על מנת שתוגש תביעה כנגד ה"ה קלמן ודוויק כאשר ההחלטה התקבלה ע"י דירקטוריון אמין, מומחה, בלתי קונפליקטורי ובלתי נגוע. בנסיבות נהנית ההחלטה מ"חזקת התקינות" ומ"כלל אי ההתערבות" ואין כל הצדקה להתערב בשיקול דעת החברה על דרך הגשת התובענה הנגזרת כאשר זו החליטה כי הגשת התובענה איננה לטובת החברה.

נוכח טעמים מקדמיים אלו טוענות המשיבות כי אין בכלל להידרש לבקשת הגילוי לגופה.

17. גם לגופו של עניין טוענות המשיבות כי יש לדחות את בקשת הגילוי משאף היא מהווה "גלגול שני" של שתי בקשות קודמות שהגיש המבקש בגדר בקשת האישור הקודמת. כן אין ליתן גילוי שתכליתו עקיפת הוראות חוק החברות וזכות העיון המוגבלת הקיימת בו לבעל מניות. לטענת המשיבים חוק החברות קובע רשימה ממוקדת וסגורה של מסמכים בהם רשאי בעל מניות ככזה לעיין ואלו מטילים צווי כפול: (1) רק לבעל מניות בחברה (והמבקש אינו כזה) קיימת, אם בכלל, זכות עיון במסמכי החברה (2) זכות העיון מוגבלת וגדורה למסמכים ספציפיים שהמסמך המבוקש אינו מנוי עליהם. בקשת האישור אינה יכולה אפוא להוות מכשיר לעקיפת הוראות זכות העיון הקבועה בחוק החברות.

18. כן יש לדחות את הבקשה משאיננה נתמכת בתצהיר. לטענת המשיבים תנאי גילוי הוא שהמבקש יעמיד בפני בית המשפט לפחות שלושה דברים: תשתית עובדתית המגלה מדוע ולמה קמה לו זכות להגשת בקשה נגזרת, תשתית עובדתית התומכת בעילתו, ותשתית עובדתית המראה מדוע ולמה גילוי המסמכים יסייע בידו. לטענת המשיבות זה לא העמיד שלושת אלו, והדרך היחידה להעמידם היא באמצעות תצהיר שכלל לא צרף המבקש לבקשתו. כן טוענות המשיבות כי המבקש מנסה לטשטש את ניסיונו להישען על בקשה לגילוי שעה שמבקש בעצם עיון, ומחובתו היה לצרף תצהיר.

19. לטענת המשיבות כן קיימים טעמים ספציפיים לאי גילוי של כל מסמך מבוקש. ביחס לגילוי דוח המפקח, מדובר במסמך סודי וחסי, גם במצוות המפקח על הביטוח, שאסר על חשיפת הדוח וכן מדובר במסמך שאיננו קביל. כן יש לגזור את החיסיון החל על סעיף 15א לפקודת הבנקאות על הוראת הסודיות הסטטוטורית הקבועה בחוק הפיקוח (סעיף 50א) והיוצרת חיסיון על דוח שהכין המפקח על הביטוח ומסקנה זו נלמדת הן נוכח הדמיון הלשוני בין ההוראות הסודיות הסטטוטוריות, והן לאור הדמיון בין התכליות ה"פיקוחיות" (פיקוח רגולאטורי של שני הגופים תאגיד בנקאי ומבטח). המשיבות הפנו לפסיקה בכל הנוגע לחיסיון על דוח שהוכן ע"י בנק ישראל עפ"י פקודת הבנקאות ממנו מבקשים להקיש ועל פסיקה שהקשה מכך לגבי דוחות של רגולאטורים אחרים. משכך לטענת המשיבות הוראת הסודיות הסטטוטורית הקבועה בחוק הפיקוח גוזרת גם חיסיון בהליכים משפטיים.

20. כן תימוכין נוסף לסודיות וחיסיון המוטלים על דוח המפקח נמצא בעת"מ 2044/03 גורביץ' נ' אגף שוק ההון, ביטוח וחיסון, תק-מח 2004 (2) 7878 (2004). כן סעיף 50א לחוק הפיקוח תוקן ע"י המחוקק בתשס"ה באופן המרחיב את תחולת הסעיף ותחולת הסודיות וניכרת מגמת הרחבה כאמור על תחולה החובה הסטטוטורית המקרינה גם על פרשנותה הנכונה והמתבקשת של חובת הסודיות.

21. על כל זאת נוספת העובדה כי גם המפקח על הביטוח בעצמו הורה למנורה ביטוח בד בבד עם מסירת הדוח לא למסור ולא לגלות את תוכנו. כן ממילא מדובר במסמך שאיננו קביל וממילא איננו ראייה במשפט וכן ממילא תמצית הדוח כבר גולתה בדוח מייד ומצוטטת על ידי המבקש.
22. באשר לדוח הביקורת הפנימית, אין לגלותו מחמת העדר רלבנטיות לשלב זה של ההליך וכן גם מחמת כך שאיננו קביל.

התייחסות המבקש לטענות המשיבות

23. לטענת המבקש תשובת המשיבות מתייחסת רק לתנאי השלישי הנדרש לפי עניין לבייב- היינו אינן מתייחסות לשני הקריטריונים הראשונים שהובאו והוא ממילא עומד בהם.
24. כן טוען המבקש כי הוא עומד בתנאים המינימאליים הנדרשים לאישור התובענה הנגזרת, בין כך רשאי כבעל מניות בחברת האם (מנורה החזקות) להגיש תביעה נגזרת בשם חברת הבת.
25. לטענתו הליך אישור התביעה הייצוגית הינו בינו לחברה בלבד, ואין מחובתו לצרף נתבעים פוטנציאליים וכך גם מכתב הפניה לפי סעיף 194 לחוק החברות מופנה לחברה, והיא אמונה על קבלתו או דחייתו, ולמעשה בדין הישראלי אין לנתבע פוטנציאלי מעמד משפטי כלשהו בשאלה האם יוגש נגדו כתב תביעה אם לאו. בידי החברה התמונה השלמה וממילא טענת המשיבות לצורך בצרוף הנתבעים הפוטנציאליים לשם הבאת התמונה השלמה פוגמת בדחיית מכתב הדרישה.
26. באשר להליך הקודם טוען המבקש כי המשיבות עשו דבר שלא יעשה והתייחסו לדברים שנאמרו מחוץ לפרוטוקול הדיון, מה גם שאינן מדייקות בתיאורן בנדון אין טורחות לציין את דברי כב' הש' בנימני באשר לחוזקה של התביעה גופה ונמנעות מלציין את הטעם האמיתי שעמד לנגד עיני המבקש, שעה שראה למחוק את התביעה ולהגישה מחדש.
27. מכל מקום טוען המבקש כי מילא אחר דרישת הפנייה הסטוטורית. ראשית במסגרת ההליך הראשון לא נשמעה כל טענה בדבר אי משלוח מכתב דרישה גם ליו"ר הדירקטוריון וגם לחברה הבת ורק כעת "נזכרת" חברת הבת להעלות טענה על כי לא פנו אליה ובנסיבות הדבר מהווה השתק ומניעות מצד שתי אלה.
28. זאת ועוד המשיבות משליכות יהבן על כללים פרוצדוראליים ומענה מהותי של ממש אין בידם ודי לראות בכתב התביעה כמקיים את הדרישה.
29. כן טוען המבקש כי ככל שניתן פטור לנתבעים הפוטנציאליים (אם ניתן) הרי שניתן רק בשלהי שנת 2005 ובשנים שקדמו לפטור לא היה להם פטור מהפרת חובת הזהירות וכי עיקר הטענות נשוא התביעה הנגזרת אירעו בשנים אלו.
30. בנוסף טוען המבקש כי הטענה כי ההחלטה בדבר אי הגשת תביעה כנגד הנתבעים הפוטנציאליים ניתנה ע"י דירקטוריון בלתי קולפלקטורי חסרת בסיס משהנתבעים הפוטנציאליים הינם בשר מבשרן של המשיבות ולמשל מר קלמן הינו קרוב משפחה של בעל השליטה במשיבים.
31. המבקש מוסיף וטוען כי גילוי המסמכים אינו מהווה עקיפה של חוק החברות ולא בכדי לא הביאו המשיבות אסמכתא אחת לתמיכה בטענתן זו והמבקש מפנה בנדון לת.א. (מחוזי-י-ם) 8587/06 בש"א 5944/07 רונש נ' הירש מדיה, (2008).

32. כן בקשת הגילוי איננה צריכה להיתמך בתצהיר והוגשה מכוח תקנה 113 לתקסד"א בהן לא נקבע כי יש לתמכן בתצהיר וכי ממילא המבקש איננו מבקש עיון, כי אם גילוי.
33. באשר לטעמים הספציפיים אותם מנו המשיבות, הרי שאלו מתייחסים רק לקריטריון שלישי שנקבע בעניין לבייב - כלומר המשיבות לא מכחישות את שני היסודות הראשונים שנקבעו בעניין לבייב.
34. מכל מקום לטענת המבקש אין מניעה לגילוי דוח המפקח על הביטוח והמשיבות מתעלמות מפס"ד רע"א 8943/06 יוחנן נ' סלקום, (2009) שדן בעניין דומה עד זזה לענייננו. שם ראה בית המשפט המחוזי להקיש מהלכת אזולאי (אליה הפנו המשיבות) אלא שבית המשפט העליון הפך החלטה זו וקבע, בין היתר, כי הלכת אזולאי לא יצרה חיסיון כללי ביחסי רגולטור-גופים מפוקחים וכן כי אפילו אם היה מדובר בחסיון, הרי שזהו חסיון יחסי ולבית המשפט יש שיקול דעת רחב בשאלת הסרתו ובמסגרתו עליו לשקלל את אופי התביעה, את חשיבות הראייה לגילוי האמת ועוד. ובענייננו הואיל ואין מדובר בסודות מסחריים כלשהם של המשיבה, הרי של יסוד עניין יוחנן אין מקום להסיק כי במקרה שבפנינו חל על דוח המפקח על הביטוח חסיון דוגמת זה שנקבע במסגרת הלכת אזולאי. זאת ועוד אפילו אם לעניין אזולאי נפקות לענייננו, בהתאם לקריטריונים שנקבעו בעניין יוחנן יש להורות על גילוי דוח המפקח על הביטוח במלואו מכמה טעמים: מדובר בתביעה נגזרת שבמהותה הינה ציבורית ומטרתה להטיב עם ציבור רחב של מבוטחים באמצעות העשרת קופת מנורה ביטוח, מנורה עצמה פרסמה את תמצית הדוח במסגרת הדיווח לבורסה ולדובר על דוח סודי לא היתה מפרסמת גם לא תמציתו, כן במסגרת התביעה הייצוגית המתנהלת נגד מנורה ביטוח במחוזי מרכז (ת"צ 7337-09-09) הורה ביהמ"ש שם, לאחר שקיבל את הסכמת מנורה ביטוח, על גילוי חלק מדוח המפקח על הביטוח רק לצדדים נשוא הדיון בתביעה הייצוגית ואין מניעה לעשות שימוש במנגנון זה גם כאן. כן לעניין טענת הקבילות אין בה כל ממש.
35. לעניין דוח הביקורת הפנימית הטענה היחידה של המשיבות בעניין זה היא קבילות שנבדלת מחיסיון וזה אינו חסוי וכן יש לו רלבנטיות ממדרגה ראשונה לאירועים מושא בקשת האישור.

דין והכרעה

מעמדה של בקשת הגילוי במסגרת תביעה נגזרת

36. ככלל אין מניעה לבקשת גילוי מסמכים מסויימים הנמצאים בידי החברה במידה והם דרושים להוכחת התנאים לאישור התביעה הנגזרת, ובתנאי שהם עומדים בתנאים שנקבעו בפסיקה. בעניין לבייב נקבע כי יש להורות על גילוי מסמכים בשלב הדיון בבקשה לאישור, כשהיקף הגילוי הוקש מהלכה שנקבעה לעניין גילוי בשלב הבקשה לאישור תביעה ייצוגית, היינו - הגילוי יאושר ובתנאי שעומד בסייגים הבאים:
- (1) המסמכים רלבנטיים לשלב זה של ההליך.
 - (2) הוצגה תשתית ראייתית ראשונית שניתן ללמוד ממנה כי קיים סיכוי שהבקשה לאישור תביעה נגזרת תתקבל.
 - (3) על הגילוי יחולו המגבלות החלות באופן כללי על גילוי מסמכים.
37. ביקשתי וקיבלתי את הסכמת ב"כ הצדדים להעברת "דו"ח ביקורת חקירתית בנושא הלואות מיוחדות- ומעורבות האורגנים, מנורה מבטחים ביטוח בע"מ", מיום 24/8/2010, שנערך על ידי המפקח על הביטוח בישראל, המשתרע על פני 94 עמודים (להלן: "דו"ח הביקורת החקירתית") וכן את דו"ח "הלואות מפוליסות ביטוח

- למבוטחים דו"ח ביקורת 15/2006 שנערך ע"י ר"ח שמואל שורץ, מבקר החברה המתפרס על פני 15 עמודים- על שניהם עברתי בעיון ובקפידה.
38. באשר לדוח הביקורת החקירתית המקיף והמפורט, רואה אני להגיש שהתגלה בפני דו"ח מעמיק ויסודי, שנסמך על בדיקות דקדקניות, פרטניות ויסודיות שלא הותירו אבן שלא נהפכה ולא הותירו מעורב ללא חקירה ובדיקה.
- דוח הביקורת החקירתית של המפקח, הן בדרך ניתוח העובדות והממצאים העובדתיים והן בפרקים הנוגעים לאחריות האורגנים השונים, בפרק הדין בהנחיות, בפרק סיכון ומסקנות- הינו דו"ח הביקורת של המפקח, אף שמבחינת התפיסה הקלאסית של דיני הראיות, אינו בגדר ראייה קבילה לעצם תוכנה, והגשתו לבית המשפט כראיה מותרת רק לצרכים ספציפיים ואקלקטיים- הרי לא ניתן להתעלם ממנו כדו"ח בדיקה וסריקה, שבחן לא רק את המסמכים הרלוונטיים אלא יש בו התייחסות גם לעמדות הנבדקים והגירסאות שאלה מסרו.
- כוחו הראייתי של הדו"ח מוגבל הוא, אך בשום פנים ואופן לא ניתן יהיה להתעלם ממנו, בייחוד נוכח התרשמות עומק התחקיר שנעשה ע"י עורכי הדו"ח.
- ארשה לעצמי לומר בנדון כי אני מצטרף באופן מלא להחלטת המפקח על הביטוח לחשוף ברבים רק חלק מזערי מהדו"ח, במובן של תקציר לקוני ונקודתי.
- טרם אדרש לבחינת התנאים האמורים בעניינו אתייחס למחלוקות מקדמיות שנתגלו בין הצדדים.

זכות העמידה של המבקש- "תביעה נגזרת כפולה"

39. סוגייה מקדמית אפוא הינה: האם זכאי בעל מניות בחברת האם להגיש תביעה נגזרת כנגד חברת הבת? אמנם מדובר בסוגיה הנוגעת לעצם הגשת בקשת האישור, אך ממילא בטרם אדרש לבקשות מקדמיות כגון זו, הנוגעות ללב ההליך, על המבקש ראשית לחצות את משוכת עצם זכות העמידה בהליך עצמו.
40. גישת המבקש (אשר עיקרה פורטה בבקשת האישור) היא כי הדין מאפשר לו לפתוח בהליך של "תביעה נגזרת כפולה" במקרה בו הנזק ועילת התביעה נגרמו לחברת הבת וזו יחד עם חברת האם מסרבות להגיש את התובענה. הרציונל לכך לדידו של המבקש הוא לשמור על זכויות חברת הבת וחברת האם (וכפועל יוצא זכויות בעלי המניות בחברת האם) מקום בו נגרמו נזק או עוולה לחברת הבת, כששתיהן נמנעות מלנקוט בפעולה כלשהי נגד המעוולים.
41. לטענת המבקש מכוח סעיף 6(ב) לחוק החברות הרי שמחוקק מאפשר לייחס זכות של חברה לבעל מניות בה אם הוא מוצא שבנסיבות העניין ראוי לעשות כן, ומשכך הרי שניתן לייחס את זכות התביעה של חברת הבת (מנורה ביטוח) לחברת האם (מנורה החזקות), שהיא בעלת המניות הבלעדית (100%) בחברת הבת. הדין אפוא רואה בחברת האם כחליפה של חברת הבת לעניין הגשת התביעה תחתיה, ומשכך הרי שאין כל מניעה שהמבקש כבעל מניות בחברת האם יגיש תביעה נגזרת בשם חברת הבת. המבקשת מפנה בנדון לפסק דינו של כב' הש' ישעיה בעניין ת.א. 1931/00 בש"א 11745/00 שטרית ואח' נ' אריסון השקעות ואח', (2002) [להלן: "עניין אריסון"] שם הותר מנגנון כאמור וכן הפנה לשרת פסיקה זרה שניתנה בארה"ב, שהכירה במנגנון התביעה הנגזרת הכפולה (ואף התביעה הנגזרת ברמה השלישית).

42. מנגד גישת המשיבות היא כי אין למבקש יריבות עם מי מהן. עניינה של תביעתו היא בהלוואות שהעניקה מנורה ביטוח בתקופה שבין אוקטובר 2004 למרץ 2007, כשבעלת המניות היחידה במנורה ביטוח היא מנורה החזקות. אלא שלטענת המשיבות אין למבקש כל טרזניה כנגד מנורה החזקות בה הוא מחזיק קומץ מניות

ואילו כנגד מנורה ביטוח, זה אינו אוחד במניותיה כלל, וממילא אינו רשאי לריב את ריבה. משכך המבקש לא עומד בדרישות המקדמיות של הגשת תביעה נגזרת.

43. מה גם שהמחוקק חרף מודעותו לאפשרות התיאורטית של "תביעה נגזרת כפולה" בחר שלא לאמצה והדבר הינו בבחינת הסדר שלילי וגם לא טרח להוסיף תיקון כאמור אף לא במסגרת תיקון 16 לחוק החברות במסגרתו נעשו אי אלו תיקונים ביחס לתובענות נגזרות. כן יש לקחת בחשבון את כלל אי ההתערבות החולש על דיני התאגידים. כן טוענות המשיבות כי גם עניין אריסון אליו מפנה המבקש אינו מסייע לו מאחר ואמירות כב' השופט ישעיה שם היו בגדר אוביטר בלבד ונדונו למעלה מן הצורך ואף בית המשפט העליון אליו הוגש ערעור בנדון, לא ראה צורך לדון בסוגיה זו. גם לגופם של דברים אין ללמוד מעניין אריסון לענייננו ויש להבחין בין סיטואציה בה חברת הבת הינה בעלת פעילות כלכלית ענפה ונתונה לפיקוח רגולטורי (כבענייננו) לבין מצב בו מדובר בחברת בת דחלילית נטול נכסים (כפי שהיה בעניין אריסון). כל זאת יש לקחת בחשבון על רקע חריגות של מוסד התביעה הנגזרת, ועל אחת כמה וכמה חריגות גבוהה אף יותר של התביעה הנגזרת הכפולה המהווה מעין הרמת מסך כפולה, שאינה מתאימה לנסיבות ענייננו. המשיבות הפנו גם לפסיקה זרה בארה"ב בעניין אי התרתה של "תביעה נגזרת כפולה".

התשתית הנורמטיבית בסוגייה וההשלכה לענייננו

44. ההסדר בנוגע לאפשרות הגשת התביעה נגזרת נקבע בפרק השלישי בחוק החברות, ולגבי ישות המגיש נקבע:

"194. (א) כל בעל מניה וכל דירקטור בחברה (בפרק זה - תובע) רשאים להגיש תביעה נגזרת אם התקיימו הוראות סימן זה."

45. אין מחלוקת בענייננו כי המבקש אינו בעל מניות בחברת הבת כנגדה מבוקשת התביעה הנגזרת כי אם בעל מניות בחברת האם, המחזיקה בבעלות מלאה (100%) בחברת הבת. הדין בישראל טרם הסדיר מעמדה של התביעה הנגזרת הכפולה, החקיקה לא נדרשה לכך (והדבר גם לא קיבל התייחסות בדברי ההסבר לחוק, הצעות חוק 2432, כ"א בתשרי התשנ"ו, 23.10.1995). וגם בפסיקה הישראלית אין כל הכרעה ודיון נדרש בעניין זה לגופו. בעניין אריסון כב' הש' ישעיה נדרש לסוגיה בדיון אגבי משקבע שם כי אין לו צורך להכריע בסוגיה בנסיבות דשם. עם זאת בחר שכן להביע דעתו בעניין כדלקמן:

" עם זאת אציין בקצירת האומר, כי נראית לי דעתם של המלומדים פרוקצ'יה וכהן, כפי שצוטטה לעיל, אשר על-פיה יש להתיר הגשת תביעה נגזרת מסוג זה. אם לא תגרוס כך תישלל או תאבד, במידה רבה, האפקטיביות והיעילות של התביעה הנגזרת ככלי לפיקוח על אורגנים של תאגידים ולשם שמירה על זכויותיו של בעל זכויות מיעוט בהם, בניגוד למגמה המסתמנת בשנים האחרונות בפסיקה ובחקיקה. בעולם העסקי המודרני והמתפתח, בו מפעילים ומנהלים תאגידים גדולים פרויקטים או פעילויות כלכליות שונות באמצעות חברות-בת, חברות נכדות ואף חברות נינות, יש צורך בכלי יעיל ואפקטיבי מסוגו של התביעה הנגזרת.

מנקודת המבט של הצורך לשמר את עוצמתו ויעילותו של מוסד התביעה הנגזרת, סבורני כי יש לאפשר הגשת תביעה נגזרת בשם חברת-בת, אף שבעל המניות בחברת האם, המבקש לתבוע בשמה, אינו בעל מניות בה. אפשרות זו הוכרה, כאמור, בדין האמריקני ואין כל מניעה, לדעתי, להכיר בה במשפט ארצנו, כפי שהוכר והוכנס בזמנו למשפטנו מוסד התביעה הנגזרת. הענקת אפשרות זו תגביר ותהדק את הפיקוח על פעילותם של האורגנים בתאגידים הגדולים, בהם משקלם ומעמדם של בעל המניות, או

החבר הבודד בתאגיד, קטן ביותר, אם לא אפסי, ובשל כך נמנעת מהם, בדרך-כלל, הגנה יעילה ואפקטיבית על זכויותיהם בתאגיד ועל זכויות התאגיד עצמו (אם סבורים הם כי הן נפגעו כתוצאה ממעשים בלתי ראויים של האורגנים שלו).

מטעמים אלה סבור אני כי אין למנוע מהמבקשים את הגשת הבקשה לאישור תביעה נגזרת מהטעם שאין הם בעלי מניות בקרן ההסתדרות."

כן בעניין ת.א. 1266/03 טלבי נ' בנק הפועלים בע"מ, (2006) בו נדונה בקשה לגילוי מסמכים ספציפיים במסגרת בקשה לאישור תביעה נגזרת כפולה, לא ניתנה הכרעה לגופו של עניין בסוגיית התביעה הנגזרת הכפולה.

העניין זכה לאחרונה גם להתייחסות בתנ"ג 10-04-19646 וילסון נ' אימאג'סט אינטרנציונל א.ו.י, (2011). שם התובעים הגישו את בקשת האישור בשם החברה ושתי החברות הבנות ובית המשפט קבע שם כי לטעמו בעניין שנדון שם אין להתיר את התביעה הנגזרת הכפולה ובין היתר פרט כי למעט העובדה שבמקרה שם קיימות חברות בנות, לא מתקיים ולמעשה כלל לא נטען כל קשר אחר של החברות הבנות לבקשת האישור, וכי עיון בהסכמים השונים הרלבנטיים לבקשת האישור שם מעלה כי החברות הבנות אינן צד להן ואין כל אזכור מהותי נדרש בבקשה ביחס לחברות הבנות, לרבות לא ציינו שם התובעים אילו עילות קימות ביחס לחברות הבנות ונושאי המשרה בהן.

כן גם בע.א. 7438/05 בתיה אחזקת נכסים בע"מ נ' טוקטלי, (2007) [להלן: "עניין טוקטלי"] אישר כב' השופט סולברג תביעה נגזרת כפולה בשל היותה של חברת הבת בבעלות מלאה של חברת האם, וזאת מבלי להידרש לניתוח בסוגיה.

כן ראה האמור בנדון בספרו של יוסף גרוס "חוק החברות החדש" פרק לג עמ' 330:

"החוק מתייחס לבעל מניות בחברה. האם יכול בעל מניה בחברת אם להגיש תביעה נגזרת בשם חברת הבת כאשר החוק מתייחס בלשון ברורה ל"בעל מניות בחברה"? יתכן שניתן להפעיל לשם אפשרות זו את עיקרון הרמת המסך על פי האמור בסעיף 6 לחוק.

ישנם מלומדים הגורסים כי יש לאמץ בישראל את הדין האמריקאי, המאפשר לבעל מניות להגיש תביעה נגזרת גם בשם חברת הבת של החברה בה הוא מחזיק מניות. באחרונה הביע בית המשפט המחוזי בתל-אביב את דעתו, מבלי לדון ולהכריע חד משמעית, כי יש הצדקה מסוימת לכך, והיא אפשרות הגברת הפיקוח על האורגנים בתאגידים הגדולים, בהם משקלו של בעל מניות בודד עשוי להיות קטן עד אפסי. גם אם יוכרע כי אכן יש מקום לאשר תביעה נגזרת בחברה בת לבעל מניות בחברת האם, הרי שיש להבחין בין חברות בנות המוחזקות 100% בידי חברת האם (wholly owned) לבין חברות המוחזקות על-ידי חברת האם באחוזים שונים"

46. בארה"ב כבר הוכר מוסד התביעה הנגזרת הכפולה וזכותו של בעל מניות בחברת האם להגיש תביעה נגזרת בשם החברה הבת (ואף בשרשור שלישוני של חברה-הבת של החברת הבת ובלבד שנשמרת שרשרת הבעלות). ראה בעניין זה צפורה כהן בעלי מניות בחברה כרך ג', פרק שני 474 - 478 (2010).

כפי שסוקרת צפורה כהן בספרה, הפסיקה האמריקנית התייחסה לכמה הצדקות בכל הנוגע לעצם ההכרה באפשרות התביעה הנגזרת הכפולה:

"1. תביעה נגזרת בקונצרן זהה לתביעה נגזרת בודדת לאחר שבית המשפט מרים את המסך ומתייחס לחברה-האם ולחברה-הבת כאל חברה אחת;

2. יש הצדקה לתביעה נגזרת בקונצרן עקב כך שהחברה-האם והחברה-הבית נשלטות בידי אותם אנשים. לכן, בעלי המניות של החברה-האם הם היחידים הזכאים באופן ריאלי להגיש תביעה בגין הנזק שנגרם לחברה-הבת;
3. התביעה הנגזרת בקונצרן היא במהותה תביעה על ידי נהנה של נאמן (החברה-האם), שהוא הנהנה של נאמן אחר (החברה-הבת);
4. התביעה הנגזרת בקונצרן מוצדקת על פי עקרונות של דיני שליחות - רואים את החברה-הבת כמי שפעלה כשלוחה של החברה-האם;
5. החברה-האם חבה חובה לבעלי מניותיה להשתמש בכוח השליטה שלה בחברה-הבת כדי לרפא כל עוולה כלפיה, ובעליה מניות רשאים לבקש ביצוע בעין של חובה זו;
6. תביעה נגזרת בקונצרן מוצדקת עקב כך שהנזק לחברה-הבת ייפול באופן בלתי נמנע על בעלי המניות של החברה-האם;
7. המבנה של החברה המודרנית מצדיק להכיר בזכות תביעה כזו.

בין כך גם המשפט הקנדי, האוסטרלי והניו-זילנדי הכירו בזכות התביעה הנגזרת הכפולה מפורשות בחקיקה (צפורה כהן, עמ' 475 - 476).

47. בארה"ב בעניין *Brown V. Tennesy*, 508 N.E. 2d 347 (1987) נדונו ההצדקות להכרה בתביעה הנגזרת הכפולה ובין כך משמעות עצם ההחזקה מלאה של חברת האם בחברת הבת ושיקול האינטרס הכלכלי:

"As applied to this case, it is contended that Brown does not have standing to bring this action on behalf of Pioneer because at the time of the alleged misconduct Brown was a shareholder of T/B rather than a shareholder of Pioneer, as required by statute. Brown, in response, urges the adoption of [5***] the theory of a " double derivative action " which would result in allowing Brown to bring this action on behalf of Pioneer .

A double derivative action is one in which a shareholder of a parent or holding corporation seeks to enforce derivatively the corporation's derivative right to sue on behalf of the subsidiary. (Note, Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary 64 ,Harv. L. Rev. 1313 (1951); 19 Am. Jur. 2d Corporations sec. 2253, at 155 ;(1986) see, e.g., *Birch v. McColgan* (S.D. Cal. 1941 39 ,(F .Supp. 358, 366.) Stated differently, the shareholder is effectively maintaining the derivative action on behalf of the subsidiary, [*608] based upon the fact that the parent or holding corporation has derivative rights to the cause of action possessed by the subsidiary. (13 Fletcher, *Cyclopedia of Corporations* sec. 5977, at 207) perm. ed. 1984.) Generally, this type of action arises where, as in this case, a parent corporation owns and controls a subsidiary. (19 Am. Jur. 2d Corporations sec. 2349, at 223 (1986); see, e.g., *Breswick & Co. v. Harrison-Rye Realty Corp.* (1952 280 ,(A.D ,821 . 114N.Y.S.2d 25.) The wrong sought [6***] to be remedied by the complaining shareholder is not only that done directly to the parent corporation in which he or she owns stock, but also the wrong done to the corporation's subsidiaries which indirectly, but actually, affects the

parent corporation and its stockholders. See Note, Remedies of Stockholder of Parent Corporation for Injuries to Subsidiaries, 50 Harv. L. Rev. 963 (1937). (See also Kaufman v. Wolfson (1956 1 , (A.D.2d 555, 556, 151 N.Y.S.2d 530, 532.

...

Notwithstanding that the recognition of double derivative suits relaxes the plaintiff's contemporaneous ownership requirement, the weight of authority supports the allowance of these actions. (See generally 154 A.L.R. 1295 (1945); Note ,Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries [***8] to the Subsidiary, 64 Harv. L. Rev. 1313-14 (1951).) The acceptance of the action acknowledges the realities of the changing techniques and structures of the modern corporation. [*609] (Kaufman v. Wolfson (1956 1 ,(A.D.2d 555, 556-57, 151 N.Y.S.2d 530, 532.) Various theoretical bases have been relied upon by the courts to support the adoption of double derivative suits. (See generally Note ,Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary, 64 Harv. L. Rev. 1313, 1313-14 (1951); 13 Fletcher, Cyclopaedia of Corporations sec. 5977, at 207 (perm. ed. 1984) (holding company owes a duty to use its control of the subsidiary to right any wrong to it, and the shareholders may, in effect, seek specific performance of that duty); see, e.g ,Goldstein v. Groesbeck (2d Cir. 1944 142 ,(F2.d 422 (adopting the theory that a shareholder's suit is in essence a suit by a beneficiary of a fiduciary to enforce a right); United States Lines, Inc. v. United States Lines Co. (2d Cir 96 ,(1938 .F2.d) 148 action allowed based upon the fact that both corporations were controlled by the same individuals); Hirshhorn v. Mine Safety Appliances Co. (W.D. [***9 [Penn 54 ,(1944 .F .Supp. 588 (action recognized by analogizing it to one in which the court pierces the corporate veil); Martin v. D.B. Martin Co 10 ,(1913) .Del .Ch 88 ,211 .A) 612 .action allowed based upon agency concepts.) An additional consideration noted by the courts allowing double derivative suits is :

"[That the burden of the damage or loss to the second corporation will ultimately fall on the shareholders in the holding corporation, through depreciation of the value of the stock of the holding corporation resulting from the wrong done to the second corporation which depreciates the value of its assets and the value of its stock so held

19 Am. Jur. 2d Corporations sec. 2349, at 223 (1986.)

In this case we have not been presented with, nor has our research led us to, any sufficient contrary legal or equitable theory which sets forth a persuasive argument for denying a shareholder in Brown's position the right to maintain a double derivative action. On the contrary, we agree with the authorities that the concepts governing corporate existence must be adaptable to the changing corporation of modern society. Unexamined observance to rigid and outmoded theories [10***] may result in inequitable decisions that fail to comport with the realities of corporate structure. For these reasons, we believe

that double derivative suits should become part of the law of this State".

[הדגשות אינן במקור - ח.כ.]

48. בתי המשפט בישראל לא נדרשו עד היום להכריע בסוגייה באופן מפורש וישיר, וההתייחסות כאמור נעשתה אגב אורחא מבלי שהסוגייה זכתה לדיון והכרעה ישירים.

משהגיעה העת בה הניחו הצדדים לפתחו של בית המשפט סוגייה זו בבסיס ההכרעה העניינית בנוגע לזכות המבקש להגיש תביעה נגזרת כפולה, והעדר המנגנון בחוק המסדיר סוגייה זו, אין מנוס מהכרעה עניינית וישירה בסוגייה.

סבורני שבעידן העכשווי ישנה חשיבות להכרה בתביעה הנגזרת הכפולה בדין הישראלי באותם מקרים שקשה ואף בלתי אפשרי להפריד בין שתי ישויות משפטיות (חברת בת הנשלטת באופן מלא ע"י חברת האם) ובעל מניות מיעוט המחזיק במניות חברת האם, עלול למצוא עצמו בפני חסמים ומכשולים טכניים המונעים ממנו למצות את זכויותיו עפ"י דין, לרבות הזכות להגיש תביעה נגזרת- באותם מקרים בהם ברור שהנזק שנגרם לחברת הבת עקב מחדלים/כשלים/עוולות ואף המקרים של חשש למעשים פליליים- עלול להשפיע על ערך המניות של חברת האם, וכפועל יוצא מכך, לגרוע משווי מניותיו של בעל מניות המיעוט.

בענייננו מחזיקה חברת האם ב- 100% ממניות חברת הבת. ממילא מניות חברת הבת מוחזקות במלואן בידי חברת האם, ומועלית טענה כי חברת הבת פועלת בניגוד לטובת חברת האם, הרי שיש לה גם יש לה זכות עמידה. ובעניין סוגיית הבעלות המוחלטת של חברת האם במניות חברת הבת וחשיבותה של התביעה הנגזרת הכפולה ראה למשל *Brown V. Tennesy, 508 N.E. 2d 347 (1987)* כן ראה ספרו של גרוס, עמ' 330 וכן גם ספרה של צפורה כהן, עמ' 477 וכן ת.א. (מחוזי - י-ם) 7438/05 בתיה אחזקות נכסים בע"מ נ' טוקטלי, (2007).

"לבד מטענות אלה, בפיהן של הנתבעות 1 ו-2 טענה מקדמית בדבר מעמדה של התביעה. לטענתן, אין מעמד לתביעה הנדונה, שכן התובעים אינם בעלי המניות של חברת ראש רחביה בע"מ. הואיל והתביעה הינה תביעה נגזרת של החברה, ולא של חברת ראש רחביה בע"מ, ומכיוון שהעובדות המהוות את עילת התביעה מתייחסות לתפקודה של הנתבעת 1 כדירקטורית וכמנהלת עסקים בחברת ראש רחביה בע"מ, הרי שאין יריבות בין התובעים לבין הנתבעות.

בטענה זו לא מצאתי ממש. מעת שמניות חברת ראש רחביה בע"מ כולן בבעלות החברה, והנתבעת 1 פועלת, לטענת התובעים, בניגוד לטובתה של חברת ראש רחביה בע"מ, הרי שיש לחברה עילת תביעה נגד הנתבעת 1, אף כנושאת משרה בחברת ראש רחביה בע"מ. ומכיוון שלחברה עילת תביעה, הרי שקיימת האפשרות לבעלי מניותיה לתבוע בתביעה נגזרת." [הדגשות אינן במקור - ח.כ.]

49. פרט לכך יש לקחת בחשבון את הצורך בהגנה על האינטרס הכלכלי של בעלי המניות, בפרט נוכח העובדה כי חברת הבת נמצאת בבעלות מלאה בידי חברת האם. באיזון השיקולים השונים, הרי שהסיכון של פגיעה באינטרסים כלכליים של חברת האם גובר על הטיעון הטכני בדבר היותו של המבקש בעל מניות בחברת האם בלבד. ממילא המבנה התאגידי המודרני מאיין טענות כגון אלו, ומחייב התאמת הדין אל המציאות התאגידית המודרנית של מבנים מסונפים של קונצרנים, הכוללים לא אחת חברות בנות, חברות נכדות וחברות נינות. וראה בעניין זה *Brown V. Tennesy, 508 N.E. 2d 347*:

"In this case we have not been presented with, nor has our research led us to, any sufficient contrary legal or equitable theory which sets forth a persuasive argument for denying a shareholder in Brown's position the right to maintain a double derivative action. On the contrary, we agree with the authorities that the concepts governing corporate existence must be adaptable to the changing corporation of modern society. Unexamined observance to rigid and outmoded theories [10***] may result in inequitable decisions that fail to comport with the realities of corporate structure. For these reasons, we believe that double derivative suits should become part of the law of this State".

[הדגשות אינן במקור - ח.כ.]

כן ראה בעניין זה עניין אריסון, עמ' 125.

כן ראה בעניין זה Blasband V. Rates 971 F2d 1034 (1992):

"However, we believe that the Delaware Supreme Court sub silentio recognized an indirect financial interest as a basis for standing in 1988 when in Sternberg v. O'Neil 550 A.2d 1105 Del.1988), apparently for the first time, it permitted a plaintiff to pursue a double derivative suit. A double derivative action is identical in form to a traditional derivative action, except that in a double derivative the suit is brought on behalf of one corporation (e.g. a parent) to enforce a cause of action in favor of a related corporation (e.g. its subsidiary). As explained by one leading authority:

The holding company owes a duty to use its control of the subsidiary to sue to right wrongs to it, and the shareholder may in effect compel specific performance of these connected duties in a double representative action....

In a 'double derivative' action, the shareholder is effectively maintaining the derivative action on behalf of the subsidiary, based upon the fact that the parent or holding company has derivative rights to the cause of action possessed by the subsidiary. The wrong sought to be remedied by the complaining shareholder is not only that done directly to the parent corporation in which he or she owns stock, but also the wrong done to the corporation's subsidiaries which indirectly, but actually, affects the parent corporation and its shareholders. Notwithstanding that the recognition of double derivative suits relaxes the plaintiff's contemporaneous ownership requirement, the acceptance of the action acknowledges the realities of the changing techniques and structures of the modern corporation. The ultimate beneficiary of a double derivative action is the corporation that possesses the primary right to sue.

13 Charles R.P. Keating, Gail A. O'Gradney, Fletcher Cyclopedia of Corporations § 5977, at 240) rev. ed. 1991) (footnotes omitted) (emphasis added). See also Sternberg 550 A.2d at 1107 n. 1 (citing Fletcher); Brown v. Tenney, 125 Ill.2d 348, 355-57, 126 Ill.Dec. 545, 548-49 532 N.E.2d 230, 233-34 (Ill.1988).(

[הדגשות אינן במקור - ח.כ.]

נוכח המציאות התאגידית המודרנית העדר אימוץ של תורת "התביעה הנגזרת הכפולה" יוביל לריקון מתוכן של אפקטיביות כלי התביעה הנגזרת ואינו ממילא יפגום גם בצורך וביכולת הפיקוח על אורגנים של תאגידיים והכל במחיר של טענות "פרוצדוראליות" חסרות בסיס בפרט בענייננו, ומוצע כי המחוקק יכניס מפורשות אפשרות הגשת תביעה נגזרת באופן זה.

במציאות העכשווית של המשק הכלכלי בישראל, הסובל מריכוזיות לא מעטה (במובן של חברות ציבוריות רבות, ואולי רבות מדי, הנשלטות על ידי בעל שליטה יחיד או קבוצת שליטה) וכפועל יוצא מכך של תאגידיים גדולים המקימים לעיתים חברות בת לצורך מייזמים מיוחדים או פעילות נפרדת, או כאשר חברת האם הינה חברת אחזקות בלבד השולטת באופן מוחלט בחברת הבת- אין להציב חסמים ומכשולים טכניים וביורוקרטיים בפני בעלי מניות המיעוט למיציא זכויותיהם המוקנות להם בדין, ויש להבטיח שזכויות אלה, לרבות הגשת תביעה נגזרת, תזכנה לעידוד ותמיכה כדי להגביר את היעילות והאפקטיביות של הפיקוח ותקינות הממשל התאגידי.

שלילת הזכות לתביעה נגזרת כפולה בנסיבות שבפניי, שמה לאל את יכולת בעלי מניות המיעוט לעקוב ולפקח אחר הנהלות התאגידיים הגדולים.

50. אינני מתיימר לקבוע הלכה כללית בסוגייה הרחבה של זכות בעל מניות בחברת האם להגיש תביעה נגזרת כפולה בגין פעולות שעשתה חברת בת, אך עובדות המקרה שבפניי מצדיקות כאמור מתן זכות כזו לבעל מניות בחברת האם.

במקרים בהם חברת אם שולטת באופן מוחלט או אף מהותי בחברת בת (מקל וחומר כאשר חברת האם הינה חברת אחזקות), והיא בעלת יכולת הפיקוח עליה, וכאשר מעשי/מחדלי חברת הבת עלולים להשליך מהותית על חברת האם ו/או על בעלי מניות חברת האם- אזי יש מקום להעדיף גישה שרואה לנגד עיניה לא רק את עקרון האישיות המשפטית הנפרדת אלא בוחנת הלכה למעשה את הקשר הסמביוטי בין חברת האם לחברת הבת, השפעות והשלכות מעשי/מחדלי חברת הבת על ערך מניית חברת האם.

המשפט התאגידי בעידן המודרני אינו עומד בפני עצמו. חוק החברות במהותו לא נועד ולא התיימר לכסות את כל קשת האפשרויות במציאות המסחרית/כלכלית, אלא נועד לקבוע מתווה ומגמה שעמדו לנגד עיני המחוקק, וזה תפקידו של בית המשפט לפרש את הוראות החוק בהתאם לשינויים בתפיסת הממשל התאגידי המודרני. התפתחות בחיי הכלכלה והמסחר משפיעה ומשליכה על הפרשנות המשפטית, במובן שבית המשפט מפרש הוראות חוק בהתאם להתפתחות והתחדשות בחיי הכלכלה והמסחר ואינו דבק בהכרח בפרשנות ארכאית שאינה מתיישבת עם חיי הכלכלה והמסחר העכשוויים.

51. שלילת זכות להגשת תביעה נגזרת כפולה במקרה שבפניי, גם מקנה בעצם חופש בחירה מוחלט לחברת האם להגיש תביעה כנגד אורגן/נים של חברת הבת.

שיקולי חברת האם אינם תואמים בהכרח את שיקוליו של בעל מניות המיעוט (כגון שיקולים של רצון לשמור על יוקרת חברת הבת/האם, הרצון לשמר את הנהלת החברה הבת/האם, רצון להימנע מביקורת על העדר פיקוח נאות מצד חברת האם, תלות הדדית בין הנהלת חברת הבת לחברת האם וכיוב' שיקולים שאינם מעניינו של בעל מניות המיעוט). במקרים כאלה על בית המשפט לאפשר לבעל מניות המיעוט למצות זכויותיו עפ"י דין, כאשר מונחת בפני בית המשפט תשתית עובדתית התומכת בטענתו לפגיעה בזכות עפ"י דין.

לאור כל האמור לעיל אני קובע כי למבקש זכות עמידה לשם הגשת בקשה זו כמו גם הגשת בקשת האישור כנדרש.

הנתבעים הפוטנציאליים

52. העלאת טענות בעניין אי צירוף הנתבעים הפוטנציאליים וכן הפטור שניתן לאלו, לרבות מעמדו של הדירקטוריון שהחליט להימנע מהגשת תביעה כנגדם, נכון וראוי באשר לבקשת האישור, אלא שסוגיות אלו מקומן במסגרת הבקשה לאישור ולא במסגרת הבקשה שבפני. ממילא דבר מעמדם והצורך בצירופם לבקשת האישור וכן האם ניתן להם פטור באופן המונע הגשת תביעה נגזרת כנגדם ופעולת הדירקטוריון-מקומו כאמור במסגרת הדיון המהותי בבקשה לאישור. למעלה מן הצורך עוד אציין כי לגופו של עניין לעניין הפטור הנטען צרפו המשיבות תצהיר אליו צרפו העתקים מפרוטוקולים שונים של דירקטוריון מנורה ביטוח אשר רובם הושחרו, ומה שנשאר חשוף חסר משמעות ואינו כולל את השיקולים לאותו פטור וההחלטות שהתקבלו בנדון. אם רוצות המשיבות להעלות טענות באשר לטעמים למתן הפטור מוטב שיצרפו מסמכים ברורים בעניין.

דרישת הפנייה הסטטוטורית

53. המשיבות טוענות כי דרישת הפנייה הסטטוטורית המחוייבת מכוח סעיף 194 לחוק החברות לא מולאה ע"י המבקש, והיה עליו קודם להגשת הבקשה לאישור והתביעה הנגזרת לפנות בכתובים למנורה ביטוח. אלא שטענתן זו אינה מתיישבת עם טענותיהן כאילו מדובר "בסיבוב שני" של בקשה לאישור שהוגשה בעבר, וממילא דבר עילת התביעה ועיקרי עובדותיה היו ידועות לשתי המשיבות זה מכבר, עוד בהליך שהתנהל בפני כב' הש' בנימיני, ואינני מוצא ממש בנסיבות בטיעון פרוצדוראלי זה. מכל מקום משלעני המשיבות שתיהן מצויה הבקשה לאישור ואף העתק מהתביעה הנגזרת, ואם ברצונן לפעול בהתאם להליך הסטטוטורי ולמצות הזכויות בדרך של הגשת תובענה נגזרת, הרי שניתנת להן הזכות להודיע כאמור בתוך 7 ימים [וביני לבני אציין כי עצם העובדה כי התנגדו לבקשה לאישור ממילא מעידה כי לא היתה כוונה לפעול להגשת תביעה נגזרת כאמור].

התנאים הנדרשים לבקשת הגילוי

54. כפי שנקבע בעניין לבייב על המבקש לעמוד בשלושה תנאים נדרשים: (1) המסמכים רלוונטים לשלב זה של ההליך; (2) הוצגה תשתית ראייתית ראשונית שניתן ללמוד ממנה כי קיים סיכוי שהבקשה לאישור תביעה נגזרת תתקבל; (3) על הגילוי יחולו המגבלות החלות באופן כללי על גילוי מסמכים.

האם המסמכים רלוונטים לשלב זה של ההליך?

55. שני המסמכים המבוקשים נמצאים למעשה בלב ליבה של בקשת האישור שבמהותה הינה בקשה לאישור תביעה נגזרת בגין מעשים ו/או מחדלים של נושאי משרה בכירים במשיבה 2 שהסבו לטענת המבקש נזקים כספיים של עשרות מליוני ₪ ואשר הדוחות האמורים הינם דוחות מפורטים בדבר אותם מעשים ו/או מחדלים נטענים ואשר בעניינם פורסמה תמצית בלבד. משכך ברור הוא כי אכן מדובר במסמכים רלוונטים ביותר לשלב זה של ההליך, שהוא בלב הבקשה לאישור ולמעשה מדובר במסמכים המרכזיים הדרושים למבקש בנדון.

האם הוצגה תשתית ראייתית ראשונית שניתן ללמוד ממנה כי קיים סיכוי שהבקשה לאישור תביעה נגזרת תתקבל?

56. בבקשה לאישור פרט המבקש תשתית ראייתית אשר עומדת בתנאי זה. אמנם בין הצדדים מחלוקת בדבר אי צירופו של המבקש תצהיר לבקשת הגילוי, אלא שתצהיר כזה צורך לבקשת האישור, שבה גם פורטה התשתית הראייתית במידת הנדרש, לרבות תימוכה בדוחות הכספיים, דיווחים מיידיים וכן תכתובות מיילים שונות והעתקי מסמכי הלוואה והפקת פוליסות ביטוח לגורמי שונים.
57. בהקשר זה אעיר כי בין הצדדים נתגלעה מחלוקת בדבר מהותה של בקשה זו שמא בקשה לגילוי מסמך ספציפי או בקשת לעיון ולפיכך הצורך בתצהיר. אבהיר כי המבקש הגדיר את בקשתו כבקשה לגילוי מסמך ספציפי, ולא לעיון בו, תוך שהפנה לסעיף 113 מהתקס"דא:
- "113. בית המשפט או הרשם רשאי בכל עת, בין שניתן צו גילוי מסמכים או הוגש תצהיר על מסמכים ובין אם לאו, ליתן, לפי בקשת בעל דין, צו לפי סופס 12, המורה לבעל דין אחר לגלות בתצהיר אם מסמך פלוני המפורש באותה בקשה מצוי, או היה מצוי, ברשותו או בשליטתו, ואם אינו מצוי בה — מתי יצא ממנה ומה היה עליו."
58. בין הצדדים נתגלעה מחלוקת בנדון ובין כך העלו המשיבות טענות בדבר כך כי מדובר בעצם בבקשה לעיון במסווה של בקשה לגילוי, ואשר לא נתמכה בתצהיר כנדרש. אינני מוצא לנכון להכריע בסוגיה, מאחר וממילא כל התשתית העובדתית הנדרשת פורטה גם בבקשת האישור, שנתמכה בתצהיר, אך אעיר כי מהותית ולגופו של עניין מדובר למעשה בבקשה לעיון ומוטב לו הגיש המבקש הבקשה עם הכותרת הנכונה וכנדרש, אם כי בנסיבות וכאמור אין משמעות פרקטית לדברים בפרט משידוע לצדדים כדבר קיומם של המסמכים, אלו הועברו לידי לשם מתן ההחלטה והצדדים טענו טענות רלבנטיות למהותו של עיון.
- על הגילוי יחולו המגבלות החלות באופן כללי על גילוי מסמכים
59. משקבעתי דבר קיומם של שני התנאים הראשונים הנדרשים, כעת אבחן האם קיימות מגבלות כלשהן לעניין הגילוי המבוקש. בהקשר זה התמקדו הצדדים בעיקר בסוגיית הסודיות, החיסיון והקבילות.
60. ראש וראשון אבהיר כי שלושת המונחים סודיות, חיסיון וקבילות שונים במשמעותם זה מזה שכללי האצבע העיקריים להבחנה בהם הם כדלקמן:
- "א. סודיות אינה מקנה חיסיון, אך לעיתים ניתן לגזור מחובת הסודיות חיסיון.
- ב. אי קבילות אין משמעה חיסיון ויכול שמסמך יהיה לא קביל אך לא יהא חסוי.
- ג. חיסיון של מסמך גורר אחריו, כפועל יוצא, אי קבילות של המסמך." [פס"ד יוחנן עמ' 16, ולדין נרחב בהבדלים ראה שם עמ' 14 - 16].
61. בענייננו מבקשות המשיבות ללמוד על דרך של פרשנות ולאור תכלית הסודיות לגזור חיסיון מתוך חובת הסודיות באופן דומה לזה שנעשה בפרשת אזולאי בו הסיק בית המשפט בחובת הסודיות בסעיף 15א לפקודת הבנקאות חיסיון ביחסי בנק-פיקוח.
62. בענייננו לא קיים אפוא חיסיון סטוטורי והמשיבות מבקשות ללמוד חיסיון כזה בדומה לחיסיון הנלמד מסעיף 15 א לפקודת הבנקאות כפי שנסקר בפרשת אזולאי. סעיף 50א לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א - 1981 קובע:
- "50א. המפקח, עובד הכפוף לו, או מי שפועל מטעמו, לא יגלה ידיעה ולא יראה מסמך שנמסרו לו מכוח תפקידו או סמכויותיו לפי חוק זה, אלא לצורך הליך פלילי, או אם המפקח ראה צורך בכך לשם דיון בועדה."

הוראה זו היא הוראת סודיות שנמצאת בחקיקות רבות, ובין כך נערך דיון מפורט בעניין בפרשת אזולאי.

63. מנגד טוען המבקש כי אין מקום להקיש באופן אוטומטי מהלכת אזולאי חסיון באשר לכל הוראת סודיותה מופיעה בחוקים אחרים ומפנה בהקשר זה לעניין יוחנן.

64. השאלה אפוא האם חל חסיון על הדוחות המבוקשים? אמנם בפרשת אזולאי בית המשפט סקר את הוראת החסיון לפי סעיף 15א לפקודת הבנקאות, אשר דומה במידת מה לסעיף נשוא ענייננו, אלא שהלכת אזולאי (שעניינה בדוח פיקוח של בנק ישראל) לא יצרה חסיון גורף וכללי ביחסי רגולטור- גופים מפוקחים וראה עניין יוחנן.

"איני סבור כי הלכת אזולאי, שעניינה בדו"ח פיקוח של בנק ישראל, ושהרציונל שבבסיסה הוא הגנה על יציבות המערכת הבנקאית, יצרה חסיון כללי ביחסי רגולטור-גופים מפוקחים. לא כל דו"ח של רשות ציבורית כפוף "אוטומטית" לחסיון, אך ורק מן הטעם שהדו"ח כולל גם מידע שנמסר לרשות מכוח חובה חוקית שבצדה חובת סודיות. בבוא בית המשפט לבחון את השאלה אם יש לגזור חסיון מהוראת סודיות בהקשר של פיקוח, יש לבחון בין היתר, את תכלית ההוראה, אופי הפיקוח, מיהות הגוף המפקח והגופים המפוקחים, אופי המידע ועוצמת האינטרס הציבורי שבבסיס החסיון הנטען.

המשיבות טענו כי ללא חסיון ידוע מראש, ייפגע שיתוף הפעולה בין הגופים המפוקחים לרגולטור. אלא שטענה לחשש של אי שיתוף פעולה עתידי, נדחתה לא אחת בפסיקה. כך, בהלכת הדסה נדחתה הטענה כי יש ליצור חסיון פסיקתי לטובת הציבור על מנת לעודד שיתוף פעולה עתידי של רופאים בועדות בדיקה. ברע"א 7568/00 מדינת ישראל נ' אהרוני, פ"ד נה(5) 561 (2001) נדחה חסיון סטטוטורי של דו"ח חוקר ראשי לפי תקנות הטיס, למרות שנטען כי יש חשש לפגיעה עתידית בשיתוף הפעולה עם החוקר. בדומה, אם כי לא בהקשר של חסיון, נדחתה הטענה כי גילוי חומר חקירה מתוך תיק חקירה שנסגר יביא לפגיעה בשיתוף פעולה של הציבור עם המשטרה - בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל (30.7.06). כן ראה ע"מ 9135/03; 9738/04 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217 (2006) שם נדחתה הטענה כי פרסום פרוטוקולים משיבות המועצה להשכלה גבוהה, ירתיע את חברי הרשות מלהביע דעותיהם באופן כן וגלוי.

איני רואה לקבוע מסמרות בשאלה אם יש ליצור חסיון מכוח הוראת הסודיות בתקנה 9 לתקנות הפיקוח. גם אם אלך בדרכה של ערכאה קמא ואקיש מהלכת אזולאי לענייננו, הרי שבכך לא מסתיימת דרכו של בית המשפט. עמדנו על כך שככלל, חסיון יציר הפסיקה הוא חסיון יחסי, ולאחר ההכרה בחסיון על בית המשפט לבחון אם הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק, אינו מטה את הכף לגילוי הראיה".

65. יש אפוא לערוך איזון אינטרסים תוך שקילת מלוא השיקולים הרלבנטיים. אמנם מחד גיסא ישנה חשיבות למתן חסיון לשם שמירת שיתוף הפעולה בין הגופים המפוקחים לרגולטור ובענייננו למפקח על הביטוח, אלא שפרט לכך קיימים שיקולים נוספים דוגמת הצורך בגילוי הראיה לשם עשיית צדק ושמירת האינטרס הציבורי כמו גם שקיפות ופיקוח נדרש על פעולותיהם של גופים כגון אלו. כאמור ישנם מקרים בהם הפסיקה ביקשה ללמוד מהוראות סודיות תחולת חסיון (דוגמת בעניין אזולאי הנ"ל) ומאידך קיימת גם פסיקה אחרת דוגמת עניין יוחנן ומכל מקום תפקידו של בית המשפט הוא לשקול את כלל השיקולים הרלבנטיים באופן מהותי ולא לפעול באופן סיסטמטי.

66. לענייננו עיינתי בשני הדוחות נשוא הבקשה, ובמהותם אכן הם נוגעים במישרין ללב ליבה של הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, עם זאת סוגיית הרלבנטיות אינה היחידה במעלה, אלא גם קיימים שיקולים אחרים של אינטרסים ציבוריים ואחרים. באשר לדוח הביקורת החקירתית בנושא הלוואות מיוחדות מיום 24/8/10 של המפקח על הביטוח הלה סוקר בהרחבה את המפורט בתמצית שצורפה לבקשת האישור לרבות פירוט הכשלים השונים ומעורבותם של בעלי תפקידים בחברה. מחד גיסא יש חשיבות ראשונה במעלה לחשיפת דוחות כגון דא שכן בעצם גילויים מתאפשר פרקטית הפעלת מנגנון פיקוח ונקיטת הליכים, במידת הצורך, בעוד שבאופן טבעי חסיונם מונע בקרות אלו. יתרון החשיפה הוא בשמירת האינטרס הציבורי של שקיפות והרתעת בעלי תפקידים בחברות המנהלות כספי ציבור, כגון חברות ביטוח מלפעול במחשכים ולחסות תחת טענות חסיון. מנגד לא בכדי קיימת הוראת סודיות בחוק שמטרתה להבטיח בין היתר את יציבות חברות הביטוח, אמיתותם ושמירת שיתוף הפעולה של חברות הביטוח עם המפקח על הביטוח.

67. בנסיבות אני סבור כי האיזון הראוי של השיקולים השונים מוביל לתוצאה של חשיפה חלקית של דוח הביקורת החקירתית באופן הבא:

א) אני מתיר למבקש ולב"כ עיון (ללא קבלת העתק) של עמודים 5 - 12 לדוח בתאום מוקדם עם לשכתי או במשרדי המשיבים, וזאת לאחר שהמבקש וב"כ יגישו לבית המשפט התחייבות בכתב בדבר שמירת סודיות עמודים אלו ואי שימוש באמור בהם, אלא להליך זה בלבד.

ב) אני מתיר למבקש ולב"כ עיון (ללא קבלת העתק) בפרק ז' עמ' 55 - 78 "מעורבותם של בעלי תפקידים בחברה" בתאום מוקדם עם לשכתי או במשרדי המשיבים, לאחר שהמבקש וב"כ יגישו לבית המשפט התחייבות בכתב בדבר שמירת סודיות האמור שם ואי שימוש בכך, אלא להליך זה בלבד.

68. באשר לדוח הביקורת משנת 2007 שערך ר"ח שמואל שוורץ אני מורה על חשיפת פרק 7 בו (על כלל סעיפי המשנה של פרק זה) למבקש ולב"כ לעיון (ללא קבלת העתק), בתאום מוקדם עם לשכתי או במשרדי המשיבים, וזאת לאחר שהמבקש וב"כ יגישו לבית המשפט התחייבות בדבר שמירת סודיות עמודים אלו ואי שימוש באמור בהם, אלא להליך זה בלבד.

69. המשיבות ידאגו לאפשר העיון בתוך 14 ימים מהגשת התחייבות המבקש וב"כ כאמור. המשיבות ישאו בהוצאות המבקש ובכלל זה בשכ"ט עו"ד כולל מע"מ בסך כולל של 15,000 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד מתן החלטה זו ועד למועד התשלום בפועל.

ניתנה היום, ח' אלול תשע"א, 07 ספטמבר 2011, בהעדר הצדדים.