

המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 59581-06-18 כהן נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

לפני כבוד השופטת רות רונן

המבקשת:

דרור כהן

ע"י ב"כ עו"ד ברם

נגד

המשיבה:

בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אוריון, סלע וארבל

כתבי עת:

[עמיר ליכט, "יחסי אמונאות בתאגיד - חובת האמון", משפט ועסקים, יח \(דצמבר 2014\) 237](#)

ספרות:

[יוסף גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בחברה \(1989\)](#)

אירית חביב-סגל, דיני חברות, לאחר חוק החברות החדש כרך א

חקיקה שאוזכרה:

חוק החברות, תשנ"ט-1999: סע' 2, 47, 198א, 252, 253, 254 (א)

חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982

פקודת הנזיקין [נוסח חדש]

מיני-רציו:

* בית המשפט קיבל באופן חלקי בקשה לגילוי מסמכים בטרם הגשת תביעה נגזרת. נקבע כי המבקש הניח תשתית ראייתית ראשונית לכך שנושאי המשרה בבזק התוו מדיניות מכוונת של הפרת הוראות הרגולטור, באופן שעשוי להקים לחברה עילת תביעה כנגד נושא המשרה. עם זאת אין מקום לגילוי כל המסמכים המבוקשים.

* דיון אזרחי – גילוי מסמכים – בבקשה לאישור תביעה נגזרת

* חברות – תביעה נגזרת – גילוי ועיון במסמכים

המבקש הגיש נגד המשיבה בקשה לגילוי מסמכים בטרם הגשת תביעה נגזרת. בבסיס בקשת האישור עומדת טענת המבקש לפיה נושאי המשרה בבזק אחראים כלפיה לנזק שנגרם לה בשל הטלתו של העיצום הכספי.

בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה בחלקה ופסק:

הנטל המוטל על מבקש בבקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק החברות הוא נטל נמוך יותר מזה שיוטל עליו בשלב הבקשה לאישור. על בית-המשפט להיעתר לבקשה לגילוי מסמכים בנדיבות, כל עוד הוא שוכנע שיש ממש בתביעה שאיננה תביעת סרק וכי היא מנוהלת לטובת החברה ובתום-לב מבחינה מהותית. עם זאת, יש להקפיד כי רק בקשות שבהן המבקש עמד ברף הראייתי הנדרש יתקבלו. בשלב הבא יש לבחון את כל המסמכים שהתבקשו ולברר אילו מסמכים ביניהם רלוונטיים לדיון בבקשת האישור האפשרית שהמבקש יגיש, ומהי מידת ההכבדה הכרוכה בגילויים. הפרה מכוונת של הדין על-ידי נושא משרה שכתוצאה ממנה נקבע כי החברה הפרה הוראות דין, עשויה להקים לחברה כנגד נושא המשרה עילת תביעה של הפרת חובת הזהירות או הפרת חובת האמונים שלו כלפיה. בשלב זה המבקש הניח תשתית ראייתית ראשונית לכך שנושאי המשרה בבזק התוו מדיניות מכוונת של הפרת הוראות הרגולטור. עם זאת, יש מקום להיעתר לבקשה רק ביחס לחלק מהמסמכים אותם שהתבקשו.

פסק דין

1. המבקש הגיש נגד המשיבה (להלן גם: "בזק" או "החברה") בקשה לגילוי מסמכים בטרם הגשת תביעה נגזרת לפי סעיף 198א לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").

בזק היא חברה ציבורית שמניותיה רשומות למסחר בבורסה לניירות-ערך בתל אביב, והיא מפעילה רשת תקשורת נייחת בהתאם לרישיון כללי (להלן: "הרישיון") שניתן לה מכוח החוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת").

הבקשה מתייחסת לעיצום כספי בסך של כ-8.5 מיליון שקלים שהוטל על בזק על-ידי משרד התקשורת בגין הפרה של הוראות הרישיון החלות עליה. בבסיס הבקשה עומדת טענת המבקש לפיה ההפרה בגינה הוטל על בזק העיצום הכספי היא תולדה של מדיניות מכוונת שהותוותה על-ידי נושאי המשרה בבזק. משכך, חייבים נושאי המשרה לפצות את בזק בגין חסרון הכיס שנגרם לה כתוצאה מתשלום העיצום הכספי.

בבקשה הנוכחית עתר המבקש כי בית-המשפט יורה לבזק לגלות לו שורה של פרטים ומסמכים אותם הוא פירט בבקשה. לטענתו לאחר קבלת הפרטים והמסמכים המבוקשים, הוא יוכל לבחון את עילות התביעה העומדות לבזק, ובכלל זה לשקול הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת בשמה נגד נושאי המשרה בה כולם או חלקם.

רקע עובדתי

2. בשנת 2010 מינה שר התקשורת (להלן גם: "השר") ועדה לבחינת תעריפי חברת בזק ועדכוןם ולקביעת תעריפים מומלצים לשירותים הסיטונאיים בתחום התקשורת הנייחת (להלן: "ועדת חייק"). המלצות ועדת חייק הוגשו לשר התקשורת (דוח ועדת חייק צורף כנספח 2 לבקשה), וביום 2.5.2012 פרסם שר התקשורת מסמך מדיניות בנושא הרחבת התחרות בתחום התקשורת הנייחת – שוק סיטונאי (להלן: "מסמך המדיניות", נספח 3 לבקשה).

במסמך המדיניות אימץ שר התקשורת את עיקרי המלצותיה של ועדת חייק, ובכלל זה: המלצה בדבר פיתוח השוק הסיטונאי וחיוב בעלי רישיונות מפעיל פנים ארצי (מפ"א) כללי באספקת שירותים ושימוש בתשתיותיהם על-ידי בעלי רישיונות תקשורת אחרים בהספקת שירותים ללקוחות קצה; הסדרת מחירי השירותים הסיטונאיים; ביטול חובת ההפרדה המבנית בתחום הנייח ובתחומים אחרים בענף התקשורת מלבד בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית; ומעבר לפיקוח על מחירים קמעונאיים של בזק בשיטת קביעת מחיר מרבי במקום תעריף קבוע.

3. ביום 14.1.2014 פרסם משרד התקשורת את החלטתו בקשר עם רשימת השירותים והמאפיינים שבעלי תשתיות הגישה הנייחות הכלל-ארציות המספקים שירותי תקשורת קמעוניים יהיו מחויבים להציע לבעלי רישיון המבקשים לרכוש מהם שירותים (ר' נספח 5 לבקשה). בין היתר קבע השר כי בזק תחויב לספק שירות גישה רחבת פס (חיוב שיכונה להלן: "הרפורמה" או "רפורמת הפס הרחב"). בהתאם למתכונת אספקת שירותי הגישה הסיטונאיים, נקבע "תיק שירות" שבו נקבעו הוראות שונות הנוגעות לאחריותה של בזק, לרמת השירות, אופן אספקתו, ואופן ניהול ושיוך ציוד הקצה (להלן: "תיק השירות"). יובהר כי תיק השירות הוא חלק מהרישיון שהוענק לבזק מכוח הוראות חוק התקשורת.

4. ביום 15.1.2014 פרסם שר התקשורת הודעה שעניינה בזימון לשימוע לאספקת השירותים הסיטונאיים ולקביעת תעריף בעד שירותים סיטונאיים ברשת חברת בזק (ר' נספח 6 לבקשה). להודעה צורפה טיוטת תיק השירות המוצע, שאליה התבקשו בעלי הרישיונות להעביר את התייחסותם. בזק העבירה את התייחסותה ביום 10.3.2014 (ר' נספח 8 לבקשה). ביום 19.8.2014 פרסם שר התקשורת מסמך שימוע משני שאליו צורף תיק השירות המעודכן (ר' נספח 9 לבקשה). ביום 30.9.2014 העבירה בזק למשרד התקשורת את התייחסותה לתיק השירות המעודכן (ר' נספח 10 לבקשה).

5. ביום 17.11.2014 התקבלה החלטת השר לתקן את רישיון בעלי התשתיות ובכלל זה בזק, ולקבוע בו תיק שירות גישה רחבת פס מנוהלת ושירות טלפוניה סיטונאי (ר' נספח 12 לבקשה). מבחינת לוח הזמנים, נקבע כי יהיה על בזק ליישם את החלטת השר הנ"ל החל מיום 17.2.2015 (ר' סעיף 22 לבקשה וסעיף 85 לתשובה). בזק עתרה כנגד החלטת השר ועתירתה נדחתה ביום 23.5.2016 על ידי בית-המשפט העליון (העתק פסק דינו של בית-המשפט העליון בבג"ץ 8976/14 [פורסם בנבו] צורף כנספח 13 לבקשה).

6. עם תחילת יישום הרפורמה התקבלו במשרד התקשורת תלונות ממפעילות התקשורת על חוסר הלימה בין הוראות תיק השירות לבין מימושן בפועל מצד בזק. ביום 18.2.2015 ערך משרד התקשורת דיון שבו התבררו התלונות (דוח סיכום בירור תלונות הנדסיות ותהליכי עבודה מיום 19.2.2015 צורף כנספח 28 לבקשה).

בהמשך, ביום 23.2.2015 התקיים הליך פיקוח בהשתתפות נציגי משרד התקשורת ובזק, שנועד לבחון את אופן התנהלותה של בזק ביישום הרפורמה ואת עמידתה בדרישות תיק השירות. ביום 1.3.2015 שלח משרד התקשורת לבזק מסמך שכותרתו "**פיקוח ראשוני בנושא יישום רפורמה הפס הרחב ('שוק סיטונאי') – חברת בזק**" (להלן: "**דוח הפיקוח הראשוני**"), נספח 29 לבקשה). בדוח הפיקוח הראשוני צוין כי מהליך הפיקוח עולה שבזק חרגה לכאורה מההוראות שנקבעו בתיק השירות. בהמשך נערך דוח פיקוח סופי שבו נקבע כי בזק חרגה מההוראות החלות עליה מכוח תיק השירות (להלן: "**דוח הפיקוח הסופי**"), או "**דוח הפיקוח**", נספח 32 לבקשה).

בסיכומו של דוח הפיקוח הסופי נקבע כי התנהלותה של בזק ממועד תחילת הרפורמה עולה כדי הפרה של מספר הוראות בתיק השירות. בכלל זה נקבע כי בזק הפרה את ההוראה בתיק השירות שעניינה איסור העברת מידע למחלקת השיווק והמכירות (מה שהתבטא בשיחות שימור מול לקוחות בטרם השלמת המעבר); הפרה את הוראות תיק השירות בכך שלא אפשרה מימוש של תהליכים בעל-פה בתקופת הביניים עד להקמת ממשק ממוכן; הפרה את ההוראות לעניין משך הזמן שנקבע למעבר מנויי תשתית מהחברה לספק שירות ומעבר מנויים בין ספקים על-גבי תשתית החברה; והפרה את ההוראות החלות עליה בכך שהפעילה מוקד של ספקי שירות בהיקף מצומצם ביחס ליתר המוקדים, ובכך הפלתה בין סוגי המנויים השונים (ר' עמ' 21 לנספח 32 לבקשה).

7. ביום 11.5.2015 שלח משרד התקשורת לבזק הודעה על כוונתו להטיל עליה עיצום כספי בנושא יישום רפורמת הפס הרחב בסך של כ- 11,343,800 שקלים (ר' נספח 31 לבקשה, להלן: "**הודעת משרד התקשורת מיום 11.5.2015**"). ביום 21.6.2015 העבירה בזק את התייחסותה לדוח הפיקוח הסופי ולהודעת משרד התקשורת מיום 11.5.2015 (העתק התייחסות החברה צורף כנספח 3 לתשובה).

בימים 16.9.2015 ו-4.11.2015 התקיימו דיונים בוועדה המייעצת לעיצומים כספיים בנושא הטלת העיצום הכספי על בזק (הפרוטוקולים של הדיונים הללו צורפו כנספחים 33 ו-34 לבקשה). ביום 16.12.2015 החליט משרד התקשורת להטיל על בזק עיצום כספי בסך של כ-8.5 מיליון שקלים ומנכ"ל משרד התקשורת שלח אל מנכ"לית בזק את הדרישה לתשלום העיצום הכספי (ר' נספח 35 לבקשה, להלן: "**דרישת תשלום העיצום הכספי**"). עיצום כספי זה הוא העומד בבסיס הבקשה דנן.

8. ביום 31.1.2016 הגישה בזק עתירה לבית-המשפט לעניינים מנהליים בה היא עתרה נגד החלטת משרד התקשורת להטיל עליה עיצום כספי (עת"מ 60740-01-16, [פורסם בבנו] נספח 36 לבקשה, להלן: "**העתירה המנהלית**"). העתירה המנהלית נדחתה על ידי בית-המשפט לעניינים מנהליים (ר' נספח 39 לבקשה).

בזק הגישה הודעת ערעור לבית-המשפט העליון על פסק-הדין הנ"ל (עע"מ 2184/18, [פורסם בבנו] ר' נספח 4 לתשובה). בסופו של דבר חזרה בה בזק מהערעור והוא נדחה (פסק-הדין של בית-המשפט העליון שהורה על דחיית הערעור צורף כנספח 1 לבקשה מיום 20.6.2019; פרוטוקול הדיון בבית-המשפט העליון בעתירה המנהלית צורף כנספח 2 לבקשה מיום זה).

תמצית טענות הצדדים

טענות המבקש

9. טענת המבקש, בזק, בהובלת נושאי המשרה בה, התוותה מדיניות סדורה שמטרתה היתה לסכל את הרפורמה. ההפרה המתמשכת והמכוונת של בזק את הוראות הרגולטור הובילה לכך שמשרד התקשורת הטיל עליה עיצום כספי, שגרם לה לחסרון כיס של 8.5 מיליון שקלים.

המבקש טען כי הוא עמד בנטל שהוטל עליו לשלב מקדמי זה של ההליך, והניח תשתית ראייתית ראשונית המצדיקה את קבלת הבקשה. לגישתו עומדת לבזק עילת תביעה לכאורה נגד נושאי המשרה בה שהפרו את חובות הזהירות והאמונים

המוטלות עליהם. כן נטען כי נושאי המשרה חרגו מסמכותם, וכי מעשיהם ומחדליהם מהווים גם רשלנות והפרת חובה חקוקה באופן המקיים לחברה עילת תביעה נגדם. עוד ציין המבקש כי בזק טענה בחוסר תום-לב כי לנושאי המשרה ניתנו כתבי פטור ושיפוי, למרות שזה אינו המצב.

10. **טענות ביחס להתנהלות החברה בטרם כניסת הרפורמה לתוקף** - המבקש טען כי בזק ניצלה את חמש השנים בין תחילת הרפורמה בשנת 2010 עד לכניסתה לתוקף בתחילת שנת 2015 כדי לנסות ולסכל את הרפורמה ואת קידומה. בשנים אלה התנהלה החברה תחת הרושם שמשרד התקשורת "עובד עבורה". המבקש הפנה למכתבים אותם שלחה בזק לרגולטור שלשיטתו מדגימים את האמור (ר' נספחים 7-8, 10 לבקשה).

המבקש הדגיש כי עתירותיה של בזק לבתי-המשפט השונים בהם היא טענה להיעדר תקינות בהתנהלות משרד התקשורת בקשר עם הרפורמה – נדחו. בזק, בהובלת נושאי המשרה בה, בחרה לעשות דין לעצמה, תוך שהיא מתיימרת להחליט איזו הנחיה מצד הרגולטור היא תאשר ותאמץ ואיזו לא. הרגולטור שב ו"רמז" לבזק כי התנהלותה מפרה את ההוראות החלות עליה, אך זו בחרה להמשיך בהתנהלותה תוך זלזול מופגן בהוראות שניתנו לה.

11. **טענות ביחס להתנהלות החברה לאחר כניסת הרפורמה לתוקף** - המבקש הוסיף כי לאחר כניסת הרפורמה לתוקף, המשיכו נושאי המשרה בחברה ועובדיה לפעול כדי לסכל אותה. פעולות אלה החלו כבר ביום 17.2.2015, כפי שעולה ממסמך סיכום הדיון מיום 18.2.2015 ששלח מנכ"ל משרד התקשורת ביום 19.2.2015, מסמך שעסק בתלונות בעניין התנהלות בזק (נספח 28 לבקשה).

המבקש הדגיש כי הפרותיה של בזק את הוראות הרגולטור היו הפרות שיטתיות. הוא טען כי הונחה תשתית ראיית לטענה לפיה הנהלת בזק הגדירה מדיניות ברורה שנועדה לסיכול הרפורמה. לגישת המבקש, אין מדובר בהתנהלות כושלת של דרג זוטר כזה או אחר, אלא במדיניות סדורה שהוכתבה על-ידי נושאי המשרה הבכירים בבזק. אין לקבל את הניסיון של בזק בתשובתה לנתק בין התנהלות נושאי המשרה שלה ביישום הרפורמה לבין העיצום הכספי שהוטל עליה כתוצאה מהתנהלות זו – עיצום שהוא התוצאה הסופית של התנהגותם הפסולה של נושאי המשרה.

12. המבקש ציין כי תפקידם של נושאי המשרה בחברה הוא לעשות כל שניתן כדי למנוע פגיעה בחברה, כאשר פעילותם צריכה להתבצע במסגרת מגבלות החוק.

בפועל, בזק הייתה סבורה כי יישום הנחיות הרגולטור הוא עניין הנתון לבחירתה. אם לא תוטל אחריות על נושאי המשרה בבזק לנזקים שהם גרמו לחברה, יהיה בכך כדי לעודד מנהלים בעתיד להפר את הוראות החוק. המבקש הוסיף כי לנושאי המשרה בבזק לא יכולה לעמוד ההגנה של כלל שיקול הדעת העסקי שכן הם הפרו במכוון הוראת חוק.

המבקש המשיך וטען כי הוא לא זנח אף אחת מטענותיו בבקשת הגילוי וכי נקודת המבט של הרגולטור היא לא זאת שהנחתה אותו בהגשת בקשת הגילוי. הוא טען עוד כי כלל המסמכים והפרטים שגילוויים התבקש בבקשה הם רלוונטיים, וקבלתם תאפשר לו לבחון האם להגיש תביעה נגזרת בשמה של בזק נגד נושאי המשרה בה. לגישתו אין בסיס לטענות שהעלתה בזק ביחס לתום-ליבו, כאשר אין לו כל אינטרס פרט להצלחת בקשת הגילוי והבקשה לאישור התביעה כנגזרת (ככל שתוגש), וזאת - לטובת החברה ובעלי מניותיה.

טענות בזק

13. לטענתה של בזק, בקשת האישור מבוססת כולה על כך שמשרד התקשורת הטיל עליה עיצום כספי. אלא שהטלת עיצום כספי על החברה אינה מחייבת כשלעצמה את המסקנה לפיה נושאי המשרה בחברה ועובדיה, שעליהם לא הוטל עיצום כספי כלשהו, עוולו כלפיה. המבקש מנסה להפוך את מושכלות היסוד של תורת האורגניזם. סנקציות שלטוניות דוגמת הטלת עיצומים כספיים הן דבר שבשגרה, ולא יעלה על הדעת כי ניתן יהיה "לגלגל" באופן אוטומטי את האחריות לכתפי האורגניזם הפועלים מטעמה של החברה.

בזק גרסה כי ניתן להסיק מהעיצום הכספי שהוטל עליה לכל היותר כי עמדת משרד התקשורת הייתה שהחברה עצמה לא עמדה בהוראותיו, אך לא כי בזק פעלה באופן מכוון להכשיל את הרפורמה. קיומו של העיצום אין פירושו גם כי נפל פגם בהתנהלות מי מנושאי המשרה בחברה. בזק הוסיפה וציינה כי לשיטתה (שנדחתה בסופו של דבר), לא היה מקום להטיל עליה את העיצום כלל.

14. זאת ועוד. החובה לעמוד בהוראות חוק התקשורת ותיק השירות חלה על בזק. הוראות חוק התקשורת מאפשרות הפעלה של אמצעי אכיפה שלטוניים בקשר עם הפרות הנטענות שעמדו בבסיס העיצום הכספי רק נגד בזק עצמה. בחוק התקשורת ישנן הוראות בעניינים אחרים (שאינם הפרת הרישיון) המאפשרות, בנסיבות מתאימות, להטיל אחריות אישית על מנהלי התאגיד. העובדה שהמחוקק איפשר הטלת אחריות אישית על נושאי משרה רק ביחס להוראות חוק ספציפיות

(בעוד שבנוגע להפרת רישיון ניתן להטיל אחריות רק על החברה), משמעה כי לא ניתן להטיל אחריות על נושאי המשרה ביחס לעיצום הכספי.

בזק הוסיפה כי אין בבקשה כל ראייה לפגמים קונקרטיים שנפלו בהתנהלות נושאי המשרה של החברה או עובדיה. המבקש לא ציין את שמות נושאי המשרה שהוא סבור כי עוולו כלפי החברה, לא ציין את תפקידם ביישום הרפורמה, והסתפק בהעלאת טענות עלומות כלפיהם. המבקש אף הודה כי הוא אינו יודע האם וכיצד עוולו נושאי המשרה או העובדים כלפי החברה. המבקש לא הצביע על עילת תביעה קונקרטית העומדת לחברה כנגדם, והסתפק בטענה כללית בדבר סיכול מכוון של הרפורמה. מכאן שבקשתו היא למעשה מסע דיג ואין לקבלה.

15. למרות שהוטל על בזק עיצום כספי, אף אחד מנושאי המשרה של בזק או עובדיה לא סיכל או טרפד את הרפורמה. נושאי המשרה והעובדים נערכו באופן מקצועי וסביר ליישום הרפורמה, ולא עומדת לחברה כל עילת תביעה כנגדם. לגישתה של בזק, הליך הפיקוח שבסופו הוטל עליה העיצום הכספי, נערך בסטנדרט לא סביר של "אפס תקלות". זאת בימים הראשונים של יישום רפורמה מורכבת ורבת ממדים. דוח הפיקוח הסופי ייחס לחברה הפרות זניחות ביחס לסך הפעולות שנדרשו לשם יישום הרפורמה. בזק אף ציינה כי יש לה טענות רבות כלפי תקינות ההליך בו התקבלו השינויים ביחס לרפורמה.

16. עוד נטען כי המבקש לא עמד בנטל שהוטל עליו, ולא הציג תשתית ראייתית ראשונית ביחס לעילות התביעה שהוא מבקש לייחס לבזק נגד נושאי המשרה והעובדים. בין היתר העלה המבקש השערה לפיה נושאי משרה או עובדים בבזק היו בעלי אינטרס אישי לסכל באופן מכוון את הוראות הרגולטור ולטרפד את יישום הרפורמה לצורך קבלת בונוסים. לגישת בזק השערה זו היא מופרכת, ולכן אין להתפלא כי היא נזנחה בסיכומי המבקש. בפועל פעלו נושאי המשרה בהתמודדותם עם הרפורמה בהתאם לשיקול-דעתם, ללא אינטרס אישי ולטובת החברה.

17. לשיטתה של בזק, מטרתו של הליך גילוי מסמכים איננה להשיב לתהיות של בעל-מניות לגבי סברות נטולות יסוד או להוות ועדת חקירה להתנהלות נושאי המשרה בחברה. בקשה לגילוי מסמכים לפני הגשת תביעה נגזרת צריכה להיבחן מנקודת המבט של טובת החברה. המבקש אימץ את נקודת המבט של הרגולטור ובכך טמון כשל מהותי בבקשה.

18. בזק הבהירה כי המבקש לא הניח תשתית ראייתית מינימלית לביסוס עילות התביעה נגד נושאי המשרה. הבקשה אינה מתייחסת ליסודות הנדרשים כדי להוכיח את עילת התביעה של הפרת חובת הזהירות. בכל הנוגע להפרת חובת הזהירות, ניתן להקיש מכלל שיקול-הדעת העסקי – ולהניח כי בהיעדר אינטרס אישי, נושאי המשרה פועלים לטובת החברה. המבקש הניח למעשה בשוגג כי אחריותם של נושאי המשרה בחברה היא "אינסופית". נושאי המשרה בחברה לא הפרו את האחריות הפיקוחית החלה עליהם, אלא הם נערכו ופעלו לקידום הרפורמה ויישומה בצורה מקצועית. משרד התקשורת הכיר גם הוא בכך שבשנה הראשונה ליישומה של הרפורמה יתגלו באופן טבעי קשיים.

עוד נטען כי הבקשה אינה מעידה על הפרת חובת אמונים, חריגה מסמכות או הפרת חובה חקוקה של מי מנושאי המשרה. המבקש לא הניח תשתית ראייתית לטענות אלה.

19. הרגולטור, ובעקבותיו גם המבקש, התמקדו בארבע הפרות מתוך אינספור פעולות סבוכות שנדרשה בזק ליישם בעקבות הרפורמה. נושאי המשרה בבזק פעלו כפי שמצופה היה מנושאי משרה זהירים ואחראיים. הרפורמה הייתה מהלך דרמטי וחסר-תקדים בהיקפו ובמורכבותו, שנגע לכל מקטעי פעילותה של בזק ודרש שינוי מהותי באופן התנהלותה. בזק ישמה את הרפורמה באופן מוצלח, והעיצום הכספי הוטל עליה בגין עניינים נקודתיים ומתוך שיקולי מדיניות של משרד התקשורת. לשיטת בזק, ברור כי סיכול מכוון שלה את הוראות הרגולטור לא היה מאפשר יישום מוצלח של הרפורמה בכללותה.

בזק הדגישה כי נושאי המשרה בה פעלו כדי להקטין את ההשלכות השליליות של הרפורמה באמצעות נקיטת מהלכים משפטיים לגיטימיים. היא כפרה בטענה לפיה היא זלזלה בסמכות הרגולטור, וטענה כי היא שיתפה איתו פעולה. גם פסק-הדין שדחה את העתירה המנהלית לא קבע כל ממצא עובדתי ביחס לאופן בו בזק נערכה לרפורמה. אמנם לרפורמה היו השלכות משמעותיות על החברה והיא ביקשה לצמצם את היבטיה השליליים, אך אין בכך כדי להקים עילת תביעה נגד נושאי המשרה בה. נהפוך הוא. הדברים מלמדים כי מדובר בנושאי המשרה אחראים שפעלו לטובת החברה.

20. בזק התייחסה להפרות שיוחסו לה בדוח הפיקוח הסופי. לטענתה, בבסיס ההפרות עומדות פעולות שבוצעו על-ידיה ושהייתה לה לגביהן עמדה מקצועית לגיטימית. אף אם עמדה זו נדחתה לבסוף על-ידי משרד התקשורת, היא אינה מקימה עילה לנהל נגד נושאי המשרה בחברה הליך משפטי. לא יעלה על הדעת כי האופן בו

יישמה בזק את הרפורמה בימיה הראשונים, ישמש בסיס לתביעה שתוגש על-ידי החברה נגד נושאי המשרה בה.

מעבר לכך, נטען כי לא אחת נופלות טעויות בהנחיות הרגולטור או בפרשנותו. לעיתים הרגולטור חורג מסמכותו ולעיתים התנהלותו היא זו שמכשילה את הגורם הנתון לפיקוחו. כמדיניות משפטית יש לתמרץ נושאי משרה לשמור על אינטרס החברה מול הוראות הרגולציה. במקרה דנן היו חילוקי דעות מקצועיים בין בזק לבין משרד התקשורת. עם זאת, ההפרות הנקודתיות נושא העיצום הכספי לא היו פרי של מדיניות מכוונת.

21. לגישה של בזק, העולה מכל האמור הוא כי המבקש מנסה "לערוך דיג" במסמכי החברה, בתקווה שהם יקימו לו בסיס לעילת תביעה. עוד נטען כי המבקש אינו תם-לב. הוא רכש כמות מזערית של מניות בסמוך לפני הגשת הבקשה רק כדי להגישה, כאשר הוא לא היה בעל-מניות בבזק בעת התרחשות האירועים המתוארים בבקשה. המבקש הסתיר זאת מבית-המשפט.

22. לשיטת בזק התביעה וניהולה אינן לטובתה. לתביעה לא הונחה תשתית ראייתית מינימלית; העיצום הכספי הוטל על החברה בגין אירועים נקודתיים וספורדיים לגביהם נערך הליך הפיקוח; וניהול תביעה נגד נושאי המשרה בחברה ונגד עובדים שפעלו בתום-לב ליישום הרפורמה אינו לטובת החברה.

מעבר לכך – גילוי המסמכים המבוקשים אינו לטובת החברה. המבקש דורש גילוי של מסמכים בהיקף דמיוני, כאשר גם עובדה זו מחזקת את המסקנה לפיה אין כל בסיס לטענותיו בבקשה. מרבית המסמכים המבוקשים אינם קיימים והחברה תידרש להפיקם לצורך ההליך; מסירת חלק מהמסמכים והפרטים המבוקשים מהווה פגיעה בפרטיות עובדי החברה; ורבים מהמסמכים הם מסמכים פנימיים וחסיים של החברה הכוללים סודות מסחריים ומידע עסקי רגיש.

דיון

23. הבקשה דנן הוגשה כאמור מכוח סעיף 198א לחוק החברות המעגן את סמכותו של בית-המשפט להורות על גילוי מסמכים הנוגעים להליך אישור תביעה נגזרת. הסעיף מורה כי:

"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 198(א)."

סעיף 198 א קובע אם כן הסדר ייחודי במסגרתו רשאי בית-המשפט להורות על גילוי מסמכים הנוגעים להליך אישור תביעה נגזרת, וזאת אף בטרם הגשת בקשת האישור עצמה.

24. תכליתו העיקרית של סעיף 198 א היא לסייע למבקש לגשר על פערי המידע המובנים הקיימים לעיתים תכופות בין המבקש ובין החברה. ההליך מאפשר למבקש שיש לו מידע מוגבל אודות התנהלותה של החברה ושל הנתבעים הפוטנציאליים, לנסות לקבל מידע נוסף שיאפשר לו להגיש בקשת אישור "שלמה" ומלאה (או להיווכח לאור עיון במסמכים שיימסרו לו כי לא עומדת לו עילת תביעה, ואז לא תוגש בקשת אישור מיותרת). בכך נועד הליך גילוי המסמכים לפי סעיף 198 א להגביר את היעילות של כלי התביעה הנגזרת, כלי שיש לו תפקיד חשוב באכיפת זכויותיה של החברה (ר' רע"א 3487/16 **יפעת נ' בנק לאומי לישראל**, [פורסם בנבו] פס' 14 (6.9.2016) (להלן: "**עניין יפעת**"); רע"א 2903/13 **אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי**, [פורסם בנבו] פס' 58 (27.8.2014); רע"א 7327/16 **ברק נ' גזית-גלוב בע"מ** [פורסם בנבו] (6.12.2016) (להלן: "**עניין גזית גלוב**")).

לכן, הנטל המוטל על מבקש בבקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198 א הוא נטל נמוך יותר מזה שיוטל עליו בשלב הבקשה לאישור (ר' **עניין יפעת**, פסקה 16; רע"א ר'בקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימיקלים לישראל בע"מ, [פורסם בנבו] בפסקה 10 (11.10.2018) (להלן: "**עניין ר'בקה טכנולוגיות**")).

25. בפסיקה נקבע לא אחת כי אין לדקדק יתר על המידה עם המבקש גילוי מסמכים לפי סעיף 198 א וכי על בית-המשפט להיעתר לבקשה לגילוי מסמכים בנדיבות, כל עוד הוא שוכנע שיש ממש בתביעה שאיננה תביעת סרק, וכי היא מנוהלת לטובת החברה ובתום-לב מבחינה מהותית (ר' **עניין ר'בקה טכנולוגיות** בפסקה 20).

יחד עם זאת, את חשיבותו של גילוי המסמכים לפי סעיף 198 א יש לשקול מול החשש מפני תביעות סרק או תביעות שאינן לטובת החברה, ומפני חיובה של חברה

– ובכלל זה חברות שאין להן עילת תביעה כנגד נושאי המשרה בהן - בחשיפת מסמכים מעבר לאלה שבעל-מניות זכאי להן ככזה. לאחרונה בהחלטה בתנ"ג (כלכלית) 44096-04-19 טל בנסון נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ [פורסם בנבו] (03.11.2019) ציינתי (בפסקה 15) בהקשר זה כי:

"במקביל לפתרון שהסעיף [198א, ר.ר.] מקנה לאותם תובעים פוטנציאליים המבקשים לתבוע נתבעים מפרים, הסעיף עלול לשמש גם תובעים אחרים, המגישים תביעות נגד נתבעים שלא הפרו את הוראות הדין (בין מטעמי סחטנות או מטעמים אחרים). מובן כי בקשות כאלה, המוגשות נגד נתבעים שאינם מפרים, הן בקשות בעייתיות שכן הן מטילות סיכון והוצאות על מי שפעל כדין. הוצאות כאלה אינן רצויות, לא מבחינת הנתבעים ואף לא מבחינת החברה בכללותה".

26. אף שהדרישה לקיומה של תשתית ראייתית ראשונית היא כאמור דרישה מצומצמת, קיומה נועד למנוע שימוש לרעה של מבקשים פוטנציאליים בהליך התביעה הנגזרת בכלל ובהליך גילוי המסמכים בפרט. הדרישה הזו מהווה משוכה שעל המבקש לצלוח, ונודעת לה חשיבות מיוחדת בבקשת גילוי המוגשת, כמו במקרה דנן, לפני הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת (ר' עניין יפעת, בפסקה 16; עניין גזית גלוב בפסקה 7; רע"א 6122/14 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר [פורסם בנבו] (6.5.2015)).

לכן, בעת דיון בבקשות לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א יש להקפיד כי רק בקשות שבהן המבקש עמד ברף הראייתי הנדרש יתקבלו, בעוד בקשות אחרות - שאינן מבוססות אף לא ברמה הנמוכה הנדרשת בהליך לפי סעיף 198א לחוק החברות - יידחו.

לאור האמור לעיל ייבחנו להלן נסיבות המקרה דנן.

האם עמד המבקש ברף הראייתי הנדרש?

27. בבסיס בקשת האישור עומדת טענת המבקש לפיה נושאי המשרה בבזק אחראים כלפיה לנזק שנגרם לה בשל הטלתו של העיצום הכספי. העובדה שהוטל על בזק עיצום הכספי אינה שנויה במחלוקת, ובזק אינה כופרת בכך שבתום הליך הפיקוח נקבע כי היא הפרה את הוראות תיק השירות החלות עליה. המחלוקת בין הצדדים נוגעת אם כן לשאלה האם הציג המבקש תשתית ראייתית ברף הנדרש בשלב זה

של הדיון, לקיומה של עילת תביעה של בזק נגד נושאי המשרה בקשר עם הנזק שהעיצום הכספי גרם לה.

28. ככלל, כאשר מוטלת על חברה אחריות משפטית, ובכלל זה כאשר מוטל עליה עיצום כספי בשל פעולה שלה, הדבר נובע כמובן מפעולות, מעשים וכוונות של בני-אנוש הפועלים בשמה של החברה ועבורה, ושפעולותיהם וכוונותיהם מיוחסים לה (ור' גם את סעיף 47 לחוק החברות הקובע כי פעולותיו וכוונותיו של האורגן הן פעולותיה וכוונותיה של החברה). החברה עצמה, שהיא בעלת אישיות משפטית מלאכותית, אינה יכולה לבצע בעצמה פעולות, ומובן שאין לה כוונות ורצונות.

בהתאם לתורת האורגנים, למרות שהאחריות מוטלת על החברה כתוצאה ממעשים או מחדלים של האורגן, לא ניתן ככלל להטיל על אורגן אחריות אישית **כלפי צדדים שלישיים** רק משום שהוטלה אחריות כזו על החברה. הכלל הוא שהחברה – כאישיות משפטית עצמאית – היא זו הנושאת באחריות לפעולותיו של האורגן כאשר פעולות אלה יצרו לה אחריות משפטית (ור' גם אירית חביב-סגל דיני חברות כרך א עמ' 139 (2007)).

29. אולם האמור לעיל נוגע לאחריותה של החברה ולאחריות האפשרית של האורגנים כלפי צדדים שלישיים. הבקשה דנן לעומת זאת מתייחסת לסוגיה אחרת: אחריותם האפשרית של האורגנים של החברה שבשל פעולותיהם הוטלה עליה אחריות (במישור המנהלי או הפלילי), **כלפי החברה עצמה**. שאלת אחריותם של האורגנים של החברה לנזק שנגרם לה כתוצאה מפעולותיהם, עשויה להתעורר גם במישור האזרחי - למשל כאשר החברה מפרה חוזה ומוטל עליה לשלם פיצויים. עם זאת, שאלת האחריות של נושאי המשרה בקשר עם פיצויים אזרחיים אותם היא נדרשת לשלם חורגת מהדיון נושא הבקשה דנן, ולכן אין מקום להרחיב לגביה את הדיבור.

30. לטעמי וכפי שיפורט להלן, הפרה **מכוונת** של הדין על-ידי נושא משרה שכתוצאה ממנה נקבע כי החברה הפרה הוראות דין (במישור המנהלי או הפלילי), עשויה להקים לחברה כנגד נושא המשרה עילת תביעה של הפרת **חובת הזהירות** או הפרת **חובת האמונים** שלו כלפיה.

31. **חובת הזהירות** - חוק החברות מחייב את נושאי המשרה בחברה לפעול לטובת החברה תוך עמידה בחובת הזהירות ובחובת האמונים המוטלות עליהם. חובת הזהירות קבועה בסעיפים 252 ו-253 לחוק החברות, המחילים על נושא משרה את חובת הזהירות הכללית מכוח פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "**פקודת**

הנזיקין"), תוך קביעה (בס' 253) כי נושא המשרה "יפעל ברמת מיומנות שבה היה פועל נושא משרה סביר, באותה עמדה ובאותן נסיבות".

נושאי משרה הוכפפו לדיני הרשלנות שנים רבות קודם לעיגונה המפורש של החובה בחוק החברות (ר' למשל ע"א 333/59 רוטלוי נ' ברשאי, פ"ד יד 1156, 1160 (1960); ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 278 (1984)). ההלכה קבעה כי מכוח חובת הזהירות של נושא המשרה, עליו את החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע נזק לחברה (ר' ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, 310-311 (2003)). נושא המשרה אינו שונה ממעוולים פוטנציאליים אחרים, במובן זה שהתנהגותו נבחנת באופן אובייקטיבי תוך התחשבות בנסיבות העניין. יחד עם זאת, המבחן הקובע לעניין פעולתו של נושא המשרה הוא מבחנו של "נושא המשרה הסביר", בשונה ממבחן "האדם הסביר" (ור' גם י' גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי 177 (מהדורה שניה-2011)).

פעולה מכוונת ומודעת של נושא משרה שנועדה להפר את הדין, חורגת מסטנדרט ההתנהגות האובייקטיבי של נושא המשרה הסביר. זכות ההתאגדות של החברה מותנית בכך שמטרותיה לא יהיו מנוגדות לחוק (ר' סעיף 2 לחוק החברות). חובתו של נושא המשרה הסביר היא לכן לפעול להשאת רווחי החברה **במסגרת הדין**. מכאן שאם נושא משרה חרג במודע ובאופן מכוון מהוראות הדין, הוא לא פעל כנושא משרה סביר, הוא התרשל והפר את חובת הזהירות שלו כלפי החברה ואם נגרם כתוצאה מכך נזק לחברה, עליו לפצות אותה בגינו.

32. **חובת האמונים** – חוברה זו קבועה בסעיף 254(א) לחוק החברות, המורה נושא המשרה חייב לנהוג בתום-לב ולפעול לטובת החברה. פעולה מכוונת של נושא המשרה להפרת החוק על-ידי החברה עולה כדי חוסר תום-לב, והיא מהווה לכן הפרה של חובת האמון החלה עליו. כך עולה גם ממאמרו של המלומד פרופ' ע' ליכט במאמרו "יחסי אמונאות בתאגיד – חובת האמון **"משפט ועסקים יח 237 (2014), בעמ' 289-290:**

"חובת האמונאי לפעול בתום-לב היא רכיב מרכזי בדיני האמונאות. זו דרישה למצב נפשי של ניקיון-דעת מוחלט – אמונה סובייקטיבית של האמונאי כי הוא פועל במסגרת תפקידו לטובה הנהנה בלא חשש לעניין נוגד. בהתאמה, חוסר תום-לב (bad faith) משמעו רמה כלשהי של מודעות להיתכנותו של מצד דברים נוגד. מצב דברים נוגד לגבי נושא-משרה יכול לכלול

אפשרות לניגוד עניינים אסור או הפרת חוק, או אפשרות של פגיעה בחברה בהעדר בסיס מספיק של מידע (אשר ניתן לאוספו באופן סביר בנסיבות הנידונות) או קבלת החלטה בהליך לא-רציונלי. פעולה מודעת בנסיבות כאלה תיחשב פעולה בחוסר תום-לב, והיא עולה כדי הפרת חובת אמון (ההדגשות שלי – ר.ר.).

33. גם הפסיקה במדינת דלוור קבעה כי פעולה מכוונת שנועדה להפר את הדין תיחשב חוסר תום-לב של נושא המשרה. בפסק-הדין בעניין *Brehm v. Eisner* (In re Walt Disney Co. Derivative Litig.), 906 A.2d 27, 2006 Del. המשפט העליון של מדינת דלוור על כך שפעולה מכוונת להפרת החוק מהווה דוגמא להתנהלות בחוסר תום-לב מצד נושא המשרה. בית-המשפט חזר על הדברים גם בעניין *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006), תוך שהוא מהבהיר כי תום-הלב הנדרש מנושא המשרה מהווה יסוד נפשי במסגרת חובת האמון, ולכן פעולה בחוסר-תום לב מקימה חבות לנושא המשרה.

34. מכל האמור לעיל עולה אם כן כי פעולה בלתי-חוקית מכוונת ומודעת של נושאי המשרה בשם החברה היא הפרה של חובת הזהירות וחובת האמונים שלהם כלפי החברה, תהיה המוטיבציה לפעולתם אשר תהיה. בהקשר זה יש להדגיש כי ההפרה קיימת בין אם היא נועדה לקדם טובת הנאה אישית של נושא המשרה ובין אם נושא המשרה סבור כי היא "לטובת" החברה. במילים אחרות, גם נושא משרה שמפר ביודעין את הדין כדי לקדם לכאורה את ענייניה של החברה (למשל – על-ידי תשלום שוחד), מפר הן את חובת הזהירות שלו והן את חובת האמון שלו לחברה.

כאשר הפרה של חובות האמון והזהירות גורמת לחברה נזק, עשוי נושא המשרה להתחייב לפצות את החברה בגין הנזק הזה. בכלל זה - הפרה מכוונת של הדין על-ידי נושא המשרה שכתוצאה ממנה נגרם לחברה נזק (למשל מאחר שמוטל עליה קנס או עיצום כספי), עשויה להביא לחיובו של נושא המשרה שאחראי להפרה בפועל, לפצות את החברה בסכום שהיה עליה לשלם כתוצאה מהתנהגותו.

35. מכאן שאם יוכיח המבקש כי נושאי משרה בבזק או עובדים שלה פעלו באופן מכוון ומודע כדי להפר את הוראות הרגולטור ולסכל את הרפורמה, וכי כתוצאה מפעולותיהם והחלטותיהם הללו הוטל על בזק העיצום הכספי, עשויה לעמוד לחברה עילת תביעה נגד נושאי המשרה הללו. מאחר שאנו מצויים בשלב של טרם הגשת התביעה הנגזרת – הרי אם יוכיח המבקש את האמור לעיל ברף הנדרש

בשלב זה של ההליך, יהיה מקום לקבל את בקשתו לאפשר לו לקבל לידי את המסמכים הרלוונטיים ביחס לעילה האמורה.

36. יובהר בשולי הדברים כי הקביעות שלעיל התייחסו כאמור למצב בו נושא המשרה מפר את הדין ביודעין ובמתכוון. מובן כי אלה אינם המצבים היחידים, וייתכנו גם מצבים בהם הפרת הדין על-ידי החברה נובעת מפעולה של אורגן של החברה שאינה הפרה מכוונת ומודעת של הדין על-ידי. כך למשל עשוי נושא המשרה להבין את הוראת הדין בצורה שגויה או לפרשו באופן שגוי. כן עשויה ההפרה לנבוע מהחלטה שגויה בקשר לאופן שבו על החברה לפעול כדי לקיים את הוראות הדין. גם במקרים כאלה עשויה החברה להימצא אחראית להפרה של הדין ולהתחייב בתשלום קנס או עיצום כספי, למרות שנושא המשרה לא התכוון במודע להפר הוראה חוקית.

כמו-כן ייתכנו מקרים בהם החברה הפרה את הדין ונושאי המשרה בחברה כלל לא היו מודעים לכך. תוצאה כזו יכולה לקרות כאשר עובדים זוטרים בחברה מפריס את הדין, ונושאי המשרה אינם יודעים על כך. במקרים כאלה עשויה האחריות של נושאי המשרה להיות מבוססת על כשל בפיקוח על הנעשה בחברה, אחריות שתוטל עליהם אם לא נוצרו על-ידיהם מנגנוני פיקוח ובקרה נאותים. חובת פיקוח כזו הוכרה על-ידי בית-המשפט במדינת דלוור בפסק-דין **In re Caremark International Inc. Derivative Litigation**, 698 A 2d 959 (Del. Ch. (1996) at 967-968.

37. אולם, ההבחנות שלעיל בין נושאי משרה שהפרו את הדין במודע לבין הפרות לא מודעות או כאלה שנגרמו כתוצאה מהעדר פיקוח אינן רלוונטיות למקרה דנן, ואין מקום לכן לבחון בפירוט את האפשרות להטיל חובת פיצוי על נושאי משרה בכל אחד ואחד מהמקרים שפורטו לעיל. זאת משום שכפי שהובהר, עמדת המבקש במקרה דנן היא כי הפרת הוראות תיק השירות על-ידי האורגנים של בזק (שכתוצאה ממנה הוטל בזק העיצום הכספי) הייתה הפרה **מכוונת**, שנעשתה תוך ניסיון מודע ועקבי לסכל את הרפורמה של שר התקשורת (ר' למשל ס' 3, 23-24 לבקשה; ס' 2 ו-14 לתגובה לתשובה; וס' 13, 19 ו-21 לסיכומים מטעם המבקש).

38. המבקש ביסס על טענתו לפיה נושאי המשרה בבזק התוו מדיניות מכוונת של הפרת הוראות משרד התקשורת במטרה לסכל את הרפורמה, על מספר מסמכים אליהם הוא הפנה. מדובר לשיטתו במסמכים שעולה מהם כי הפרת הוראות תיק השירות לא היתה בבחינת "תקלה", ולא נבעה מהתנהלות מקרית "סוררת" של

דרג זוטר כזה או אחר, אלא ממדיניות שהוכתבה "מלמעלה" על-ידי נושאי המשרה הבכירים בחברה. מדיניות זו שנושאי המשרה בבזק הובילו, היא שגרמה לשיטתו לבזק להפר את הוראות תיק השירות, והיא שהובילה אם כן להטלת העיצום הכספי עליה.

האם הוכיח המבקש ברמה הנדרשת את טענתו? האם הוא הציג ראיות שדי בהן כדי לעמוד ברף הראייתי הנדרש בבקשה לגילוי מסמכים לפני הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת, ראיות המוכיחות כי נושאי המשרה בבזק (או לפחות חלקם) אכן פעלו באופן מכוון ומודע כדי לסכל את הרפורמה ולהפר את הוראות תיק השירות והרישיון?

כדי להשיב על כך, יש לבחון את מכלול הראיות אליהן הפנה המבקש, ולבחון האם הוא עמד המבקש בנטל המוטל עליו בבקשה דנן – נטל קל יחסית, ונמוך יותר מזה שיוטל עליו בדיון בבקשה לגופה. במסגרת הבחינה הזו ניתן לתת משקל גם לראיות שערכן הראייתי אינו גבוה, וודאי שתהיה משמעות להצטברות של ראיות כאלה. עם זאת, אחזור ואדגיש כי קיומן של ראיות כאלה – הן כל אחת מהן לחוד והן קיומן המצטבר, עשוי להצדיק את המסקנה לפיה המבקש זכאי לגילוי מסמכים, אך בה בעת הן עשויות שלא להספיק בשלב הבא של הדיון, כאשר המבקש יצטרך "להרים" נטל כבד יותר.

האם הוכיח המבקש הפרה מכוונת של הוראות הרישיון ברף בראייתי הנדרש?

39. המבקש הפנה למגוון מסמכים המעידים לשיטתו על כך שבזק פעלה – באמצעות נושאי המשרה בה - באופן מכוון כדי לסכל את מהלך הרפורמה הן לפני שהרפורמה נכנסה לתוקף והן לאחר מכן, וכי בסופו של דבר הוטל עליה עיצום כספי לאור ההפרות שלה את הוראות משרד התקשורת.

התנהלות בזק לפני כניסתה של הרפורמה לתוקף

40. חלק מהמסמכים אליהם הפנה המבקש מתייחסים לתקשורת שבין בזק לבין משרד התקשורת בטרם נכנסה הרפורמה לתוקף. משרד התקשורת ניהל כאמור שני שימועים בקשר עם הרפורמה, ובין הצדדים הוחלפו במסגרת זו פניות, תגובות ומכתבים רבים. בחלק מפניותיה אל משרד התקשורת, השיגה בזק על האופן בו מתנהל משרד התקשורת, וציינה את עמדתה לפיה משרד התקשורת חורג מסמכותו במהלכו ובקביעותיו (ר' בהקשר זה את נספחים 7, 8, 10, 21 ו-26 לבקשה).

41. אני סבורה כי משקלם של מסמכים אלה הוא נמוך ביותר, אם בכלל יש להם משקל. מדובר כאמור במסמכים הנוגעים לשיח שניהלה בזק מול משרד התקשורת ולצעדים חוקיים שבהם היא ביקשה לנקוט. בזק היתה רשאית להעלות את טענותיה בפני משרד התקשורת ולהתנגד למהלכים בהם היא ביקשה לנקוט. בחלק מהמקרים הועלו הטענות כמענה של בזק לבקשות מצד משרד התקשורת. במקרים אלה אין ספק שבזק הייתה רשאית לטעון את טענותיה ולנמקן, תוך ניסיון לשכנע את משרד התקשורת ביחס אליהן. לו היה המבקש מפנה למסמכים הללו בלבד, לא היה די בהם כדי לקבוע כי הוא עמד בנטל שהוטל עליו.

מסקנות דוח הפיקוח הסופי

42. המבקש הפנה גם למסמכים נוספים שמהם עולה כי עמדתו של משרד התקשורת הייתה שבזק פעלה באופן מכוון ולא מקרי כדי לנסות ולסכל את הרפורמה. אחד המסמכים שצוין על-ידיו בהקשר זה הוא דוח הפיקוח הסופי שהופק בסיומו של הליך הפיקוח שניהל משרד התקשורת. מדובר בהליך רשמי שנערך על-ידי הרגולטור מכוח סמכותו, שבסופו החליט הרגולטור (משרד התקשורת), כי בזק הפרה את הוראות הרישיון החלות עליה. עיון בדוח הפיקוח הסופי מצביע על כך שקיימת אפשרות לפיה הפרת הוראות תיק השירות שעמדו בבסיס הטלת העיצום הכספי, נבעו מפעולה מכוונת של בזק, ולא כתוצאה מהפרות רשלניות ומקרייות.

דוח הפיקוח הסופי ייחס בסיכומו לחברה ארבע הפרות –

- פעולה בניגוד לאיסור הקבוע בתיק השירות לגבי העברת מידע אל מחלקת השיווק והמכירות (מה שהתבטא בשיחות שימור שנקבע כי בזק ביצעה מול לקוחות בטרם השלמת המעבר);
- הפרה של הוראות בתיק השירות בהן נקבע כי יש לאפשר מימוש של תהליכים בעל-פה בתקופת הביניים עד להקמת ממשק ממוכן;
- הפרה של ההוראה לעניין משך הזמן שנקבע למעבר מנוי תשתית מבזק לספק שירות ומעבר מנוי בין ספקים על-גבי תשתית בזק;
- והפרה של ההוראה האוסרת על הפליה בין סוגי המנויים השונים, היינו הפרת ההוראה לפיה בזק כבעלת תשתית לא טיפלה באופן שווה באספקת השירות בין מנויי ספקי השירות לבין עצמם וכן בין מנוייה שלה לבין מנויי ספק שירות כל שהוא.

בדוח הפיקוח הובהר כי ההפרות המיוחסות לחברה הן רק הפרות מתמשכות ומהותיות שיש בהן כדי לפגוע בהצלחתה של הרפורמה, וכי משרד התקשורת בחר שלא לכלול במסגרתו הפרות שתוקנו על-ידי החברה (ר' עמ' 22 לדוח הפיקוח).

43. אני סבורה – כפי שאפרט להלן - כי לפחות לגבי שתיים מההפרות שיוחסו לבזק (העברת מידע למחלקת השיווק והמכירות והפליה בין סוגי מנויים שונים), יש די ראיות המצדיקות את המסקנה לפיה בשלב זה עמד המבקש בנטל הנמוך שהוטל עליו, והציג תשתית ראייתית ראשונית לטענה לפיה נושאי המשרה בבזק פעלו במודע ובמכוון כדי להפר את הוראות הרגולטור.

44. הפרת האיסור בתיק השירות לגבי העברת מידע אל מחלקת השיווק והמכירות – ביחס להפרה זו נקבע בדוח הפיקוח הסופי כי מדובר בתופעה רחבה ולא – כפי שטענה בזק - בתקלה או אי-הבנה של הנחיה מצד עובד כזה או אחר בחברה. זאת בין היתר לאור דבריה של המנהלת הכללית של בזק לגבי עריכת שיחות השימור על-ידי החברה והפסקתן.

כך נקבע בדוח הפיקוח הסופי:

נוכת ריבוי המקרים והתלונות, ברי כי אין מדובר באירוע מקרי או חד-פעמי אלא בתופעה רחבה. המשרד אינו מקבל את טענת החברה לפיה ככל שבוצעו שיחות ללקוח טרם מעבר, ביוזמת נציגי החברה, הרי שמדובר באי-הבנה/בהנחיה שלא הובנה ... במהלך הפיקוח שבוצע על-ידי המשרד בחברה ביום 18.3.2015, מסרה המנהלת הכללית של החברה כי 'הפסקנו לעשות שיחות שימור', אמירה שיש בה כדי להעיד כי אכן בוצעו שיחות שימור. כאשר דברים כאלה נאמרים מפיה של המנהלת הכללית, קשה לראות בשיחות השימור שבוצעו יוזמה מקומית של נציגי החברה" (ההדגשות שלי – ר.ר.).

45. אכן בדרישת תשלום העיצום הכספי, התייחס משרד התקשורת לטענתה של בזק לפיה אם היו התקשרויות יזומות של החברה ללקוחות בטרם המעבר, מקורן באי-הבנה של נציגי השירות. משרד התקשורת הבהיר כי לצורך ההחלטה בעניין הטלת העיצום הכספי, הוא לא בחן את היסוד הנפשי של בזק:

"טענתה של החברה לפיה אם היו התקשרויות יזומות של החברה ללקוחות טרם המעבר מקורן באי-הבנה של נציגי השירות אינה רלוונטית, וממילא אינה מקלה את חומרת ההפרה. יובהר כי היסוד הנפשי של המפר אינו נבחן בעת קבלת ההחלטה לעניין עיצום כספי, אלא נבחנים הממצאים שעלו מהליך הפיקוח ומידת הציות של בעל הרישיון להוראות האסדרה והרישיון" (ההדגשות שלי – ר.ר.).

ואולם - העובדה שמשרד התקשורת היה סבור כי אין רלוונטיות לשאלת היסוד הנפשי במסגרת דוח הפיקוח, אינה גורעת מהמסקנה שלעיל. מסקנה זו מבוססת כאמור על העמדה הפוזיטיבית הלכאורית של משרד התקשורת כפי שהיא עולה הן מדוח הפיקוח הסופי ומהראיות שעליהן הוא נסמך, והן ממסמכים נוספים שיפורטו להלן.

46. **הפליה בין סוגי מנויים שונים** - בדוח הפיקוח הסופי נקבע כי בזק הפלתה בין סוגי המנויים השונים, הפליה שהתבטאה בכך שהיא הפעילה את המוקד לפניות של ספקי השירות בהיקף מצומצם ביחס למוקד השירות למנויים הפרטיים שלה. מדוח הפיקוח הסופי עולה כי בזק לא כפרה בכך שהיא הפעילה את המוקד המיועד לספקי השירות במשך פחות שעות ביממה מאשר המוקד שאותו היא הפעילה למנוייה.

בדוח הפיקוח צוין כי בזק העלתה בפני הרגולטור מספר טענות ביחס לכך: היא טענה שהיא מעניקה למנויים הפרטיים הקמעונאיים שלה שירות מעבר לשעות העבודה הסטנדרטיות משיקול שירות לקוחות, וכי ממילא ספקיות השירות יכולות "לפתוח הזמנה" 24 שעות ביממה באמצעות מייל או פקס. משרד התקשורת דחה את הטענות הללו. עמדתה האמורה של בזק עולה בקנה אחד עם מסקנה אפשרית לפיה ההפליה שיוחסה לה אכן נבעה מפעולה מכוונת ומודעת ולא מתקלה. די בכך בשלב זה של הדיון בו כזכור על המבקש לעמוד ברף ראייתי נמוך בלבד.

מסמכים נוספים אליהם הפנה המבקש

47. המבקש הפנה למסמכים נוספים שמשקלם המצטבר מחזק את המסקנה האמורה. כך, ממכתב ששלח מנכ"ל משרד התקשורת לבזק בטרם נכנסה הרפורמה לתוקף, עולה כי משרד התקשורת היה סבור שהמענה שהוא זוכה לו מבזק בקשר עם היערכותה לקראת הרפורמה, הוא מענה "חלקי ולא מספק" היוצר מצב של "חוסר בהירות" (ר' נספח 16 לבקשה).

בהודעת משרד התקשורת מיום 11.5.2015 (ההודעה על הכוונה להטיל על בזק עיצום כספי) צוין כי נמצא שבזק אינה ממלאת כנדרש את ההוראות שנקבעו בתיק השירות, וכי לכן הוחלט להטיל עליה את העיצום כספי. במסמך זה אף הודגש כי התנהלותה של בזק והפרת ההוראות החלות עליה בהתאם לתיק השירות, פוגעת ביכולת המעבר של המנויים ממנה לספקי שירות מתחרים, וביכולת של המתחרים לגייס מנויים חדשים. ההפרות, על-פי האמור בהודעה זו, החלו במועד הכניסה

לתוקף של תיק השירות. במסמך הודגש כי "כל יום חולף בו ממשיכה החברה להפר את הוראות תיק השירות, מגדיל את הסיכון של אי-הצלחת הרפורמה".

משרד התקשורת הוסיף וציין בהודעה כי –

"התנהלותה של החברה, כמפורט בדוח הפיקוח שבסמך (ג), עולה כדי פרקטיקה אנטי-תחרותית, ונדמה שכל מטרתה למנוע תחרות לשמור על נתח השוק שברשות החברה, ועל היקף ההכנסות הגבוה שנובע ממנו. בהתנהלות החברה יש כדי לפגוע ואף להכשיל רפורמה משמעותית וחשובה בשוק התקשורת בישראל" (ההדגשות שלי – ר.ר.).

48. דברים אלה מעידים אם כן בבירור אודות עמדתו של משרד התקשורת ביחס למטרה שעמדה ביסוד התנהלותה הנטענת של בזק, התנהלות שנועדה – כך לגישתו – להכשיל את הרפורמה. בדרישת תשלום העיצום הכספי מיום 16.12.2015, התייחס משרד התקשורת לכך שבזק ממשיכה לדבוק בטענה לפיה הוא מתנהל בחוסר סמכות. משרד התקשורת הבהיר כי "גם אם לחברה יש השגות לגבי היבטים מסוימים של התהליך שנקבע כדין על ידי המשרד, אין היא יכולה לעשות דין לעצמה ולבחור שלא לקיימם" (ההדגשות שלי – ר.ר.). גם מדברים אלה ניתן להסיק כי המשרד היה סבור שבזק מפרה במודע את ההוראות שלו ועושה דין לעצמה.

49. בנוסף, צוין בדרישת תשלום העיצום הכספי כי "כל מהות מקרי ההפרה שביצעה החברה כמפורט בדוח הפיקוח [...] היא למנוע ולעכב את התפתחות התחרות ולסכל את הצלחת הרפורמה ואת מדיניות משרד התקשורת". משרד התקשורת התייחס גם לפעולות בהן נקטה בזק עם גילוי ההפרה ובכללן הפסקת ההפרה מיוזמתה ונקיטת פעולות למניעת הישנותה ולהקטנת הנזק שנגרם כתוצאה ממנה.

בהקשר זה נקבע כי –

"אין אנו מקבלים את טענת החברה שהיא עשתה את כל מה שביכולתה כדי לספק את השירות כנדרש ממנה בתיק השירות. בנוסף, קיימות בידי המשרד, כאמור לעיל, ראיות שהחברה המשיכה לבצע ניסיונות שימור של מנויים שביקשו לעבור להיות לקוחות של ספקיות השירות, אם כי לא באותו כבעבר ... " (ההדגשות שלי – ר.ר.).

50. עמדתו של משרד התקשורת לפיה בזק עשתה דין לעצמה תוך שהיא מפרה את ההוראות החלות עליה, עולה גם מתשובתו של משרד התקשורת לעתירה המנהלית שהגישה בזק. בתשובתו טען משרד התקשורת בין היתר כי –

"העותרת [בזק], שנהנית במשך שנים ארוכות ממעמד מונופוליסטי בשוק התקשורת הנחיית, התנגדה למהלך מתחילתו ולאורך כל שלביו. למרות המצג שמנסה העותרת ליצור בעתירה, לפיו היא שיתפה פעולה עם כל המהלך, אין הדבר מדויק כלל ועיקר" (ר' נספח 37 לבקשה, בסעיף 4, ההדגשות שלי – ר.ר.).

עוד ציין משרד התקשורת בתשובה זו -

"שבימיה הראשונים של הרפורמה – בתקופה שהיא קריטית מאוד להצלחתה, תחת קיום החובות שהמשיב [משרד התקשורת] הטיל עליה, עשתה העותרת [בזק] דין לעצמה וביצעה מספר רב של הפרות חמורות אשר היו עלולות לסכל את הרפורמה כולה" (שם, בסעיף 6, ההדגשות שלי – ר.ר.).

ובהמשך –

"היה בכוונתה [של בזק] ליישם את רפורמת השוק הסיטונאי, בהתאם לכללים שתכננה לעצמה מראש, ועל פי ראות עיניה בלבד, תוך התעלמות מהחלטות המשיב, ומדינוני השולחנות העגולים" (שם, בסעיף 51, ההגדשה היא שלי, ר.ר.).

51. כל האזכורים הללו מעידים על עמדתו הברורה של משרד התקשורת לפיה בזק עשתה דין לעצמה, ניסתה לסכל את הרפורמה באופן מודע ומכוון, לא שיתפה פעולה עם יישומה אלא פעלה לפי ראות עיניה בלבד תוך התעלמות מהחלטות המשרד.

סיכומה של נקודה זו - אני סבורה כי די בכל האמור לעיל ובעיקר בכוחם המצטבר של הדברים, כדי להצדיק את המסקנה לפיה המבקש עמד בנטל הנמוך שהוטל עליו בשלב זה של הדיון. המבקש הניח תשתית ראייתית ראשונית לכך שנושאי המשרה בבזק אכן התוו מדיניות מכוונת של הפרת הוראות הרגולטור.

האמור לעיל נוגע כאמור לשלב זה של הדיון, כאשר בשלב הבא, אם תוגש על-ידי המבקש בקשה לאישור תביעה נגזרת בשמה של בזק נגד נושאי משרה בה, יהיה על המבקש להתמודד עם מכלול טענותיה של בזק (ובכלל זה הטענות לפיהן הפרות

שנמצא שבוצעו על ידיה היו הפרות נקודתיות שנבעו מהקושי ביישום הרפורמה ולא ממדיניות הפרה מכוונת) וזאת ברף ראייתי גבוה יותר.

המסמכים שגילויים התבקש במסגרת הבקשה

52. העובדה שהמבקש הרים את הנטל שהוטל עליו, אין פירושה בהכרח כי בית-המשפט ייעתר לבקשתו במלואה ביחס לכלל המסמכים שהתבקשו על-ידיו. לאחר שנקבע כי המבקש הרים את הנטל, יש לבחון את כל המסמכים שהתבקשו ולברר אילו מסמכים ביניהם רלוונטיים לדיון בבקשת האישור האפשרית שהמבקש יגיש, ומהי מידת ההכבדה הכרוכה בגילויים מבחינתה של בזק. הבחינה האמורה תיקח בחשבון את השלב המקדמי בו מצוי הדיון, ואת מטרת הגילוי בשלב זה – לסייע למבקש להגיש בקשת אישור מלאה ובשלה; או לחלופין – לשכנע אותו כי בקשה כזו נעדרת סיכוי.

נבחן אם כן בהתאם לאמור את המסמכים הספציפיים נשוא הבקשה.

53. **ס' 98 לבקשה – פרטים בקשר עם הרפורמה.** המבקש עתר במסגרת זו כי החברה תגלה לו את זהות העובדים שהיו מעורבים ביישומה של הרפורמה תוך תיאור חלקו של כל אחד מהם; תיאור ההליכים שנקטו כלפי נושאי המשרה שהיו אחראיים על יישום הרפורמה; זהות האורגן או נושא המשרה שהיה אחראי על יישום הרפורמה; ופרטים אודות טובת הנאה שיצרה הפגיעה ברפורמה למי מנושאי המשרה.

אינני נעתרת לבקשה – מדובר בבקשה למסירת פרטים ולא בבקשה לגילוי מסמכים קיימים. בקשה כזו איננה כלולה בהוראת סעיף 198א לחוק החברות. ככלל, הליך של גילוי מסמכים נועד לגילוי של מסמכים קיימים והוא אינו כולל חובה לייצר מסמכים שאינם קיימים (ר' למשל רע"א 6715/05 מחסני ערובה נעמן בע"מ נ' איזנברג, פ"ד ס(3) 264, 270 (2005)). גם במסגרת בקשה לגילוי מסמכים שקודמת להגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת, אין לסטות מהכלל האמור, ואין מקום לכן לחייב את החברה לייצר מסמכים עבור המבקש אם מסמכים אלה אינם קיימים.

54. **ס' 99.1 לבקשה – כל המסמכים הקשורים ליישום הרפורמה לרבות אירועים נשוא דוח הפיקוח -** מדובר בבקשה כוללת ומכבידה שאני סבורה משום כך שאין להיעתר לה. בקשת גילוי – ודאי בשלב זה של הדיון – צריכה להיות קונקרטית ולהתייחס ככל האפשר למסמכים ספציפיים.

55. **ס' 99.1.1 לבקשה – מסמכים הנוגעים להתכתבויות שהוחלפו בין החברה לבין צדדים שלישיים בקשר עם יישום הרפורמה ועם האירועים נשוא דוח הפיקוח -** אני סבורה כי אין להיעתר גם לבקשה זו, שאף היא בקשה כוללת. יתרה מזאת, המבקש אף לא הבהיר את הרלוונטיות של המסמכים האמורים ואת חשיבותם לבירור עתידי של בקשת האישור. הוא לא הסביר מדוע התכתבויות בין בזק לבין צדדים שלישיים (כלשהם) הן רלוונטיות לבחינת השאלה האם נושאי המשרה בבזק התוו מדיניות פנימית שעניינה הפרה מכוונת של הוראות הרגולטור.
56. **ס' 99.1.2 לבקשה – דוחות בדיקה או בחינה בקשר עם יישום הרפורמה -** בכלל זה עתר המבקש לקבל מידע אודות האירועים נשוא דוח הפיקוח ובכלל זה בדיקות כלכליות, חשבונאיות, חוות דעת משפטיות וכיו"ב. אני סבורה כי אין מקום להיעתר לבקשה בשלב זה. מדובר בבקשה רחבה מאוד, הכוללת בין היתר מסמכים שעל-פני הדברים נהנים מחיסיון (למשל חוות-דעת משפטיות). הרלוונטיות של המסמכים הללו היא עקיפה – הם עשויים להעיד על ההשלכה של הרפורמה מבחינת בזק, אך לא בהכרח על כוונה של בזק להפר את הוראות הרגולטור. לכן, שקלול השיקולים האמורים מביא למסקנה לפיה אין להיעתר לבקשת המבקש.
57. **ס' 99.2 לבקשה – דוחות ביקורת פנימית, דוחות בדיקה או מסמכים שהוכנו בקשר עם יישום הרפורמה לרבות אירועים נשוא דוח הפיקוח -** אני סבורה כי יש להיעתר לבקשה זו. מדובר בבקשה ממוקדת הנוגעת לדוחות של החברה, שאם הם קיימים, עשויים לזרות אור על מהלכיה של בזק ועל כוונותיה ביחס ליישום אפשרי של הוראות תיק הרישיון.
58. **ס' 99.3 לבקשה – פרוטוקולים, תמלילי שיחות וסיכומי ישיבות של דירקטוריון החברה או הארגון בחברה האחראי על יישום הרפורמה ביחס ליישום הרפורמה או לאירועים נשוא דוח הפיקוח -** המסמכים האמורים עשויים להיות רלוונטיים לבחינת השאלה העומדת בבסיס טענות המבקש. יחד עם זאת מדובר בבקשה רחבה, כאשר יתכן שחלק מהפרוטוקולים מתייחסים גם לנושאים אחרים שאינם קשורים לבקשת האישור. לכן אני סבורה כי יש להיעתר לבקשה רק בחלקה. אני מורה לכן לבזק לגלות למבקש את הפרוטוקולים של דיוני דירקטוריון החברה בקשר עם יישום הרפורמה. ככל שישנו פרוטוקול המתייחס רק בחלקו ליישום הרפורמה – תגלה בזק רק את החלק הרלוונטי מהפרוטוקול.

59. ס' 99.4 לבקשה – הנחיות, נהלים ומסמכים פנימיים של החברה בקשר עם יישום הרפורמה ועם האירועים נושא דוח הפיקוח - אני סבורה כי יש להיעתר לבקשה זו מטעמים דומים לאלה שצוינו ביחס למסמכים בס' 99.2 לבקשה.

60. סוף דבר – לאור כל האמור לעיל אני מורה לבזק להציג למבקש תוך 30 יום מהיום את המסמכים הבאים –

- דוחות הביקורת הפנימית, דוחות בדיקה או מסמכים שהוכנו על ידי החברה בקשר עם יישום הרפורמה לרבות אירועים נושא דוח הפיקוח.
- פרוטוקולים של דיוני דירקטוריון החברה המתייחסים ליישום הרפורמה או לאירועים נושא דוח הפיקוח.
- הנחיות, נהלים, ומסמכים פנימיים שהוכנו על-ידי החברה בקשר עם יישום הרפורמה ועם האירועים נושא דוח הפיקוח.

המסמכים יועברו לידי ב"כ המבקש בכפוף להצהרה מטעמו ומטעם המבקש לפיה המבקש או מי מטעמה לא יגלו את תוכן המסמכים ולא יעשו בהם כל שימוש שהוא אלא לצורכי בחינת האפשרות להגיש בקשה לאישור תביעה נגזרת בשם החברה.

אני מחייבת את המשיבה בהוצאות המבקש בסך 25,000 ₪.
ניתן היום, כ"ב טבת תש"פ, 19 ינואר 2020, בהעדר הצדדים.

רות רונן 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן