



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

לפני כב' השופט חאלד כבוב, סגן נשיא

תובעים

כפיר ספיר

ע"י ב"כ עו"ד: עוה"ד ליאור להב ו/או יקיר שעשוע  
ו/או הראל ברק ו/או מירן אליהו פורט ו/או  
הדר סטמפו ו/או רוני רחמיאן ואח'  
ממגדל ספיר, קומה 20, רחוב תובל 40, רמת גן  
טל': 03-3753116; פקס: 03-3752327

נגד

נתבעים

כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד: רענן קליר ו/או אמיר אלגזי ואח'  
ממשרד עורכי דין ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות'  
מרח' ברקוביץ' 4, תל אביב 6423806  
טל': 03-7770111; פקס: 03-7770101

### פסק דין

1. עניינינו של ההליך שבנדון, בבקשה לגילוי ועיון במסמכים בטרם הגשת תביעה נגזרת לפי סעיף 198א לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן – **חוק החברות** או **החוק**), שהוגשה על ידי המבקש, מר כפיר ספיר (להלן – **המבקש**), כנגד כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ (להלן – **כלל החזקות** או **המשיבה**), שבבסיסה טענת המבקש כנגד החלטות דירקטוריון המשיבה בנוגע לאופן השקעת הכספים שגויסו על ידה בחודש דצמבר 2019 (להלן – **כספי ההנפקה**). בתוך כך נטען, כי היה על הדירקטורים בכלל החזקות להעביר את כספי ההנפקה לחברת הבת של המשיבה, כלל חברה לביטוח בע"מ (להלן – **כלל ביטוח** או **חברת הבת**), ושאי-ההעברה כאמור, הסבה לכאורה למשיבה נזק בסך של 10,164,000 ש"ח, נכון למועד הגשת הבקשה (להלן – **בקשת הגילוי**).

### רקע ותמצית טענות הצדדים

2. בטרם נקט המבקש בהליך שבכותרת, נשלחה על-ידי המבקש למשיבה ביום 16.07.2020, פנייה מוקדמת בהתאם להוראותיו של סעיף 194 לחוק החברות. במסגרת הפנייה כאמור, ועל יסוד עילותיה של בקשת הגילוי, דרש המבקש כי המשיבה תפעל להגשת תביעה כנגד הדירקטורים



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

בחברה; וכן נתבקשו על-ידי המבקש מסמכים שונים מטעם המשיבה, היה וזו תחליט שלא להגיש תביעה כאמור (להלן – **הפנייה המוקדמת**).

3. בהמשך, ביום 04.08.2020 – ובטרם חלף המועד להגשת התייחסות המשיבה לפנייה המוקדמת, נקט המבקש בהליך שבנדון, ובקשת הגילוי נשוא החלטתי זו הוגשה לבית המשפט.

4. במענה לבקשת הגילוי, הוגשה על ידי המשיבה ביום 20.08.2020 בקשה לדחיית בקשת הגילוי, נוכח אי-מיצוי הליך הפנייה המוקדמת; או – לחלופין, לעיכוב ההליכים בבקשת הגילוי, עד למסירת תשובה לפנייה המוקדמת (להלן – **בקשת הדחייה**).

דחיית בקשת הגילוי נתבקשה, הואיל וזו הוגשה בטרם גיבשה המשיבה עמדתה לגבי הפנייה המוקדמת; לפני שהמשיבה השיבה לה; והרבה לפני שחלפה תקופת 45 הימים הקבועה בדין למתן תשובה. לחלופין נטען, כי יש לעכב את בקשת הגילוי עד אשר תגבש המשיבה עמדתה לגבי הפנייה המוקדמת, וזאת לאחר שתקבל את חוות הדעת של צוות המומחים (משפטי וכלכלי) שמינתה. בכלל זאת, התחייבה המשיבה למסור עמדתה בנוגע לפנייה המוקדמת עד ליום 01.10.2020; וכי לאחר מכן יודיע המבקש האם הוא חפץ בהליכי הגילוי – וככל שכן, תמסור המשיבה תשובתה לבקשת הגילוי גופא.

בתוך כך בואר על-ידי המשיבה, כי לצורך גיבוש מענה לפנייה המוקדמת, פעלה המשיבה לכינוס ישיבת דירקטוריון, שעל סדר יומה החלטה בדבר מינוי צוות מומחים שימסור לו חוות דעת בתחום המשפטי ובתחום הכלכלי, בטרם יקבל החלטה לגופה. המומחים עימם התקשרה החברה הם ד"ר יעקב קסטיאל, מאוניברסיטת תל אביב, מומחה לדיני חברות ולממשל תאגידי, וכן פרופ' יורם עדן, פרופ' מן המניין במכללה למנהל – מומחה בתחום המימון והחשבונאות (להלן, יחד – **צוות המומחים**).

5. לאחר דברים אלו, בעקבות הגשת בקשת הדחייה, כמו גם הודעת החברה בדבר מינויו של צוות המומחים, הגיעו הצדדים להסדר דיוני שקיבל אישורו של בית המשפט ביום 07.09.2020, לפיו המשיבה תמסור למבקש את עמדתה בנוגע לפנייה המוקדמת; ולאחריה, ימסור המבקש האם הוא חפץ שהליכי בקשת הגילוי ימשכו – ובהתאם לכך, ייקבע גורל המשך הדיון בתיק (להלן – **ההסדר הדיוני**).





## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

6. ביני וביני, ביום 26.10.2020 הגיש המבקש הודעת עדכון מטעמו, במסגרתה דיווח כי ביום 22.10.2020 נמסר דיווח מיידי על ידי המשיבה לרשות לניירות ערך, לפיו יוזרם מתוך כספי ההנפקה סך של 450 מיליון ש"ח לחברת הבת (להלן – **הדיווח המיידי**; נספח 1 להודעת העדכון). עוד נמסר בהודעה, כי ההחלטה העומדת ביסוד דיווח זה, עולה בקנה אחד עם דרישת המבקש, כי תבוצע הזרמת ההון שגויס בהנפקה על ידי המשיבה לחברת הבת, והרי הוא עניינו של ההליך דנן. בתוך כך בואר, כי המבקש טען כי על מלוא תמורת ההנפקה (660 מיליון ש"ח), להיות מוזרמת לחברת הבת – אולם בפועל הועבר הסך האמור, שהוא נמוך יותר (להלן – **הודעת העדכון בדבר הדיווח המיידי**).

הודעת עדכון זו נחתמה בבקשת המבקש לקבלת הודעת עדכון מפורטת יותר מטעם המשיבה, בדבר ההליך שהביא לקבלת עמדת המבקש, אף אם לא במלואה.

7. ביום 26.10.2020 ניתנה החלטת בית המשפט בהתייחס להודעת העדכון בדבר הדיווח המיידי, לפיה בטרם יודיע המבקש עמדתו ביחס להמשך בירור בקשת הגילוי – שעל פניו, **התייתרה** – תגיש המשיבה התייחסותה להודעת העדכון, והכל כאמור בהסדר הדיוני שאושר.

8. בהתאם לאמור, ביום 06.11.2020 הוגשה עמדת המשיבה לעניין הפנייה המוקדמת והתייחסותה להודעת העדכון בדבר הדיווח המיידי מטעם המבקש, במסגרתה הודיעה המשיבה כי חוות הדעת של צוות המומחים הושלמו, והן קובעות כי **אין** כל מקום להגשת תביעה כנגד הדירקטורים של כלל החזקות, כפי שנטען על ידי המבקש בפנייה המוקדמת. כן דווח, כי חוות הדעת הוצגו לדירקטוריון כלל החזקות, וביום 05.11.2020 קיבל הדירקטוריון החלטה לאמץ את מסקנות צוות המומחים כי אין מקום להגשת תביעה כנגד הדירקטורים של כלל החזקות.

בשל רגישות וסודיות המידע הנכלל בחוות הדעת, אלו הוגשו לבית המשפט במעטפה חסויה; וכן למבקש, לפני משורת הדין, וכנגד התחייבות מצדו לשמור על סודיותן. לצד זאת, פורטו הנימוקים על יסודם מושתתות מסקנות חוות הדעת, ואלו עיקרם:

א. לדירקטורים הוענק על ידי כלל החזקות (זה מכבר) פטור מתביעות, בגין נזק שנגרם נוכח הפרת חובת הזהירות. כבר משום כך אין לדעת המשיבה מקום לתבעם כנטען בפנייה המוקדמת.



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

ב. כלל פעולות הדירקטורים בענייננו חוסות על פי הנטען תחת כלל שיקול הדעת העסקי, החוסים גם הוא את התביעה נגדם.

ג. גם לולא הפטור ולולא המחסום שמטיל כלל שיקול הדעת העסקי מפני הגשת תביעות, הרי שאין כל מקום לתבוע את הדירקטורים כנטען בפנייה המוקדמת בשל אי הפרת חובת הזהירות (וגם לא חובת האמונים או כל חובה אחרת) – הן בהעדר ביסוס לטענות המבקש בעניין זה, הן בהעדר יסוד לטענות בדבר נזק שכביכול נגרם לכלל החזקות.

ד. לפי קביעת צוות המומחים, ומבלי למצות טענותיהם בעניין, נטען כי לפי קביעתם הדירקטורים פעלו כשורה שעה ששקלו וחזרו את ייעוד כספי ההנפקה, ולא נפל פגם בכך שלא החליטו עד לאחרונה (חודש אוקטובר השנה) להעבירם או את חלקם לכלל ביטוח; וכן, כי לא נמצא על ידי צוות המומחים ממש בטענת המבקש לחובת העברת כספי ההנפקה לכלל ביטוח.

ה. לפי קביעת צוות המומחים, הדירקטוריון נהג כשורה כאשר המתין עם ההחלטה לגבי כספי ההנפקה, עד להתבהרות דרישות הרגולציה, ובכלל זה לעניין ההוראות ליישום משפט כושר פירעון כלכלי של חברות ביטוח מבוסס Solvency II. דרישות אלו התבהרו רק לאחרונה ממש, לאחר שבמשך מספר חודשים המועד לפרסום וכניסה לתוקף של דרישות אלו נדחה מספר פעמים (פרסום מיום 14.10.2020 על כניסת הוראות אלו לתוקף, כפי שמופיע באתר רשות שוק ההון, ביטחון וחיסכון, צורף כנספח 1 להודעה).

בתוך כך הודגש, כי בקשת העיון מתעלמת לחלוטין מן ההיבט המהותי של הרגולציה שחלה על כלל ביטוח בפרט ועל כל חברות הביטוח בישראל ככלל, כמו גם מן ההשפעה שיש לאותה רגולציה על התנהלותן.

ו. לפי קביעת צוות המומחים, אין ממש בתזה על יסודה מושתתת הפנייה המוקדמת, כאילו נכון היה וניתן היה שכלל החזקות תזרים את כספי ההנפקה לכלל ביטוח, כדי שכלל ביטוח תשתמש בהם כדי לפרוע, בפירעון מוקדם, כתבי התחייבות שהנפיקה. בתוך כך, עמד צוות המומחים על כך שהאפשרות לבצע פירעון שכזה, ממילא תקום רק בשנת 2021 בהתאם לתנאי כתבי ההתחייבות – ומשכך, הטענה לפיה נגרם נזק משום שהדבר לא נעשה כבר בשנת





## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

2020, אינה מתיישבת עם מבחן המציאות, שכן אפשרות כזו לא הייתה. לעניין זה הפנתה המשיבה לדוחות השנתיים של כלל החזקות לשנת 2019 (צורפו כנספח 1 להודעת המשיבה).

(להלן – הודעת העדכון מטעם המשיבה בהתייחס לפנייה המוקדמת והדיווח המיידית).

9. לאחר הגשת הודעת העדכון מטעם המשיבה בהתייחס לפנייה המוקדמת והדיווח המיידית, ובהתאם להחלטתי מיום 16.11.2020, גיבש המבקש עמדתו אשר להמשך ההליך עצמו – והודעתו בנדון הוגשה לבית המשפט ביום 30.12.2020 – היא הודעת העדכון שמונחת לפניי וניצבת במוקד המחלוקת בין הצדדים.

בתמצית, הצדדים אינם חלוקים כי בנסיבות האמורות ועל רקע השתלשלות האירועים המפורטת לעיל, אזי אין מקום להוסיף ולברר את בקשת הגילוי – **שכן זו התייתרה**; אולם, הצדדים חלוקים באשר לסוגיית פסיקת גמול ושכר טרחה למבקש, כמו גם נשיאה בהוצאות המשיבה – ובכך עיקר החלטתי דנן.

### תמצית טענות הצדדים בסוגיית פסיקת גמול ושכר טרחה למבקש ותשלום הוצאות המשיבה

10. **לטענת המבקש**, לאחר שלמד את חוות דעת המומחים – שנערכה לטענתו אך לאחר מעשה (היינו, בחודש נובמבר 2020; מקום שביום 22.10.2020 כבר נמסר הדיווח המיידית) – אזי הדיון בשאלה האם הדירקטורים מטעם המשיבה פעלו כדין אם לאו – אינה רלוונטית עוד; שכן חלקו הארי של הנזק הנתען מאי-העברת כספי ההנפקה, רופא באמצעות העברת כספי ההנפקה, וכפי שנעשה על ידי המשיבה. משכך, הרי שאין עוד טעם להוסיף ולברר את בקשת הגילוי דנן, שכן העיסוק בה הפך אקדמי בלבד.

אולם, חרף ממצאי חוות דעת המומחים, הרי שהלכה למעשה הדירקטוריון פעל בדיוק כפי שביקש המבקש; ומכאן, שהתהליך שהניע המבקש הוביל למצב שאליו ביקש להביא, וניתן להניח כי מחמת רצון להימנע מבידול בקשת המבקש, נרפא הפגם. כך גם סבור המבקש, כי ייתכן שכלל שהיה עומד דירקטוריון המשיבה על עמדתו, כפי שהייתה טרם הגשת הבקשה שבכותרת, היה מקום לבחון לעומק האם היא חוסה תחת הגנת ה-BJR, ובתוך כך לבחון האם החלטה זו גרמה ועתידה לגרום נזק למשיבה ולחברת הבת, שהיא הנכס היחיד שלה. כן נטען, כי מעיון בחוות הדעת עולה כי הגורם היעיל היחיד שהוביל לכך שסך של 450 מיליון ש"ח עברו מהמשיבה לחברת הבת – היא בקשת המבקש נשוא ההליך דנן.



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

משכך – עמדתו של המבקש היא כי "מודה ועוזב ירוחם", אולם אין כל סיבה לטענתו שרק המשיבה וחברת הבת שלה תצאנה נשכרות מההליך שבכותרת, אגב חיזוק מבנה ההון של חברת הבת – וכי **גם למבקש ולבאי כוחו זכות, כי מעשה מוגמר שהיווה הקטליזטור להתרחשותו, יזכה גם אותם בגמול**. בתוך כך נטען, כי ראוי ונכון לעודד בעלי מניות שיפעלו כפי שפעל המבקש, ובמיוחד לאור התוצאה שהביאה לטענתנו פעולתו זו. משכך, התבקש בית המשפט לפסוק למבקש גמול ושכר טרחת עורכי דין, על פי שיקול דעתו.

11. **המשיבה מתנגדת לפסיקת גמול למבקש ושכר טרחת עורכי דין, ואף למעלה מכך – המשיבה עומדת על חיוב המבקש בתשלום הוצאותיה הריאליות בסך של 198,800 ש"ח וכן בתשלום שכר טרחת עורכי דינה**. בנוסף, דורשת המשיבה לשיקול חיובו של המבקש בפסיקת הוצאות לדוגמא – זאת בשל הגשת בקשת הגילוי עוד בטרם מוצה הליך הפנייה מוקדמת (שאילו היה המבקש ממתין דיה, לא היה הליך זה בא לאוויר העולם); וכן נוכח העובדה שהבקשה לגילוי והפנייה המוקדמת נעשו מבלי שהואיל המבקש לבחון טרם מעשה את העובדות הבסיסיות הקשורות אליהן – ובפרט, סוגית הרגולציה לה כפופה כלל ביטוח, המהווה נדבך מרכזי בהשתלשלות האירועים העומדים ביסוד ההליך דנן.

אשר לטענות המבקש בדבר ההצדקות לפסיקת גמול ושכר טרחה בנסיבות העניין דנן נטען, כי חוות דעת המומחים (שבניגוד לטענת המבקש לא באו לאחר הדיווח המידי, אלא העבודה עליהן החלה עוד הרבה קודם לנובמבר 2020) הושלמו – והן קובעות בבירור, ובניגוד גמור לנטען בפנייה המוקדמת, כי אין כל מקום להגשת תביעה כנגד הדירקטורים של המשיבה, מסקנות שאומצו על ידי דירקטוריון המשיבה בהחלטתו מיום 15.11.2020. כן נטען, כי כל אחד מן הנימוקים עליהם מושתתות חוות הדעת – לבדו – תומך במסקנה כי אין מקום להגשת תביעה כנגד הדירקטורים, ומלמד כי הפנייה המוקדמת אינה מבוססת, שכן – לדירקטורים הוענק זה מכבר פטור מתביעות; פעולותיהם חוסות תחת כלל שיקול הדעת העסקי; ומכל מקום, הדירקטורים לא הפרו את חובת הזהירות (או כל חובה אחרת) – אלא, פעלו כשורה כאשר שקלו חזרו ושקלו את ייעוד כספי ההנפקה.

עוד הודגש, כי צוות המומחים לא מצא שיש ממש בטענת המבקש כאילו חלה חובה להעביר את כספי ההנפקה לכלל ביטוח, וכי נקבע על ידו שדירקטוריון המשיבה נהג כשורה כאשר המתין עם ההחלטה לגבי כספי ההנפקה, עד להתבהרות דרישות הרגולציה, ובכלל זה לעניין ההוראות ליישום משטר כושר פירעון כלכלי של חברות ביטוח מבוסס Solvency II – דרישות שהתבהרו כאמור אך



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

לאחרונה. כך גם, צוות המומחים שלל את התזה לפיה משום שכספי ההנפקה לא הוזרמו לכלל ביטוח ולא פרעו את כתבי ההתחייבות של כלל ביטוח בשנת 2020, נגרם נזק כלשהו – זאת, בין היתר משום שתנאיהם של אותם כתבי התחייבות כלל לא אפשרו פירעון שלהם במועד זה, וכפי עולה בבירור מדוחותיה השנתיים של המשיבה לשנת 2019, המפורסמים לציבור – הכל, כמפורט בחוות הדעת.

לעניין כל אלה הודגש – כי הפנייה המוקדמת, כמו גם בקשת העיון, מתעלמות באופן מופגן מכלל הנימוקים והעובדות דלעיל; ומשום כך – הרי שאין כל מקום לפסוק למבקש גמול ושכר טרחה – אלא דווקא ההפך, יש לחייבו בהוצאות ההליך, שעה שהוא עצמו מודה כי אין מקום להמשיך ניהולו של ההליך בנסיבות שפורטו בהודעה.

12. נוכח כל האמור, משהצדדים הסכימו כי אין מקום להוסיף ולנהל את ההליך שבנדון – הרי שלבית המחלוקת שנותרה כעת להכרעתו של בית המשפט היא שאלת פסיקת גמול ושכר טרחה למבקש, כמו גם שאלת חיוב המבקש בהוצאותיה הריאליות של המשיבה – ובכך אכריע.

### דיון והכרעה

מסגרת נורמטיבית – תכליתו של מוסד התביעה הנגזרת, הליך פנייה מוקדמת ופסיקת גמול ושכר טרחה

13. סעיף 198א לחוק החברות קובע את הזכות לגילוי ועיון במסמכים, בטרם הגשת תביעה נגזרת, וכן את התנאים לאישורה:

198א. (א) מי שרשאי להגיש תביעה נגזרת לפי סעיף 197, רשאי לבקש מבית המשפט, לפני הגשת הבקשה לאישור התביעה או לאחר הגשתה, כי יורה לחברה לגלות מסמכים הנוגעים להליך אישור התביעה הנגזרת.

(ב) בית המשפט רשאי לאשר בקשה כאמור בסעיף קטן (א) אם שוכנע כי המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם של התנאים לאישור התביעה הנגזרת המנויים בסעיף 198א.



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

מכאן, שבכדי שתאושר בקשה לגילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק, על המבקש להעמיד תשתית ראייתית ראשונית באשר לקיומם של התנאים הקבועים בסעיף 198א לחוק, הקובע את התנאים לאישורה של תביעה כנגזרת:

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

14. הליך גילוי מסמכים לפי סעיף 198א לחוק, מהווה הליך מוקדם להליך המקדמי של הגשת בקשה לאישור תביעה כנגזרת. בהתאם להוראותיו, הוכרה האפשרות של הגשת בקשה לגילוי מסמכים הנוגעים להליך אישור תביעה כנגזרת, הן בטרם הגשת בקשה לאישור תביעה כנגזרת, הן לאחריה. תכליתו של הליך זה היא בצמצום פערי המידע אשר מתקיימים ככלל בין המבקש המעוניין להגיש בקשה לאישור תביעה כנגזרת בשם החברה, לבין החברה עצמה. לרוב יהא המבקש מצוי בעמדת נחיתות לעניין נגישותו למידע המאפשר את הוכחת קיומה של עילת תביעה לחברה, ככל שכזו קיימת.

משכך, בשורת החלטות עמדו בתי המשפט על חשיבותו של הליך הגילוי, ותפקידו המרכזי ככלי לאכיפת זכויותיה של החברה [ראו רע"א 804/20 גן שמואל מזון בע"מ נגד ק.ר.נ.א בע"מ, פס 25 (05.05.2020) (להלן – עניין גן שמואל) וההפניות שם; תנ"ג (ת"א) 41206-03-16 תומר שוחט נ' אאורה השקעות בע"מ, פס' 7-8 (18.10.2018); רע"א 3487/16 יפעת נ' בנק לאומי לישראל, פס' 14 (6.9.2016) (להלן – עניין יפעת); רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי, פס' 58 (27.8.2014)].

15. אשר לחשיבותו הציבורית של מוסד התובענה הנגזרת ותכליתו, עמדתי, בין היתר, בהחלטתי בעניין תנ"ג (ת"א) 815-09-13 בארי לנואל נ' גליה מאור, פס 32 (14.04.2015) (להלן – עניין לנואל) – אולם גם מצאתי לחדד ולהטעים שם, כי יש להישמר מפני ניצולו לרעה, וכדלהלן:

**"נוכח החשיבות הציבורית של מוסד התובענה הנגזרת והרצון להגן על האינטרסים של החברה, יש לעודד הגשת תביעות נגזרות, זאת כמובן כאשר מדובר בבקשות מבוססות אשר הן לטובת החברה, ואולם לצד התועלת והיתרונות שבמוסד זה הרי שיש למנוע ניצולו לרעה."**







## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

וידגש – הליך הגילוי הקבוע בסעיף 198א לחוק הינו ייחודי וחריג כאמור, שכן מכוחו מתאפשר גילוי של מסמכים עוד בטרם הגשת בקשה לאישורה של תביעה כנגזרת, שהיא בפני עצמה מהווה הליך מקדמי – כלומר מדובר בשלב טרום מקדמי [עניין **גן שמואל**, פס' 25; עניין **יפעת**, פס' 15; ת"א (ת"א) 49690-02-16 **גיגיני נ' כלכלית ירושלים בע"מ**, פס' 36 (11.6.2017)]. בהקשר זה, ייתכנו מצבים בהם חשיפה של תשובת החברה לבקשה לאישור תביעה נגזרת או לבקשה לגילוי ועיון במסמכים לפי סעיף 198א לחוק, עלולה לפגוע בחברה [רע"א 6624/20 **בנק איגוד לישראל נגד גלובינסקי**, פס' 29 (19.01.2021)].

בשל האמור, המבקש בבקשה לגילוי לפי סעיף 198א לחוק נדרש להוכיח התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים: רלוונטיות המסמכים המבוקשים להליך התביעה הנגזרת האפשרית; קיומה של תשתית ראייתית ראשונית לכך שהתביעה וניהולה הן לטובת החברה, ובתוך כך נבחנים קיומם של עילת תביעה לכאורית וכן סיכויי הצלחת התביעה [ראו למשל עניין **גן שמואל**, פס' 27; רע"א 5296/13 **אנטורג נ' שטבינסקי**, פס' 16 (24.12.2013)]; וכן כי המבקש אינו פועל בחוסר תום לב [רע"א 8798/18 **קרן טוליפ קפיטל נ' טבע תעשיות פרמצבטיית בע"מ**, פס' 11 (22.5.2019)]. כמו כן, במסגרת ההכרעה בבקשה לגילוי לפי סעיף 198א, נדרש בית המשפט לבחון את קיומם של התנאים הכלליים באשר לגילוי ועיון במסמכים [עניין **יפעת**, פס' 15].

16. **אשר להליך פנייה מוקדמת ומיצויו** קובע סעיף 194(ב) לחוק החברות, כי טרם הגשת תביעה נגזרת – המעוניין להגישה נדרש לפנות לחברה בכתב ולדרוש כי תמצה זכויותיה בדרך של הגשת תובענה [אלא בהתקיים החריגים הקבועים בסעיף 194(ד)]. רק לאחר קבלת תגובת החברה לדרישה או העדר תגובתה, רשאי התובע להגיש תביעה נגזרת לבית המשפט (סעיף 197 לחוק) - וכך הוראות החוק:

194. (א) כל בעל מניה וכל דירקטור בחברה (בפרק זה - תובע) רשאים להגיש תביעה נגזרת אם התקיימו הוראות סימן זה.
- (ב) המעוניין להגיש תביעה נגזרת יפנה לחברה בכתב וידרוש ממנה כי תמצה את זכויותיה בדרך של הגשת תובענה (בפרק זה - דרישה).
- (ג) דרישה תופנה ליושב ראש דירקטוריון החברה, ויפורטו בה העובדות היוצרות את עילת התביעה והנימוקים להגשתה.



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

וכן:

197. תובע רשאי להגיש תביעה נגזרת באישור בית המשפט לפי הוראות סעיף 198, אם התקיים אחד מאלה:
- (1) הפעולה שננקטה או ההחלטה שנתקבלה לפי סעיף 195(1) לא השמיטה, לדעתו, את עילת התביעה;
- (2) החברה דחתה את דרישת התובע כאמור בסעיף 195(2);
- (3) החברה הודיעה לתובע כי החליטה להגיש תביעה, כאמור בסעיף 195(3), אך התביעה לא הוגשה בתוך שבעים וחמישה ימים מיום ההודעה;
- (4) החברה לא השיבה לדרישה בהתאם להוראות סעיף 196;
- (5) התובע פטור מהגשת דרישה לחברה לפי הוראות סעיף 194(ד).

מטרתו של הליך הפנייה המוקדמת, נלמדת בין היתר מהוראותיו של סעיף 195 לחוק, שקובע את דרכי הפעולה האפשריות עבור חברה שהובאה לפתחה פנייה מוקדמת, ואלו הן:

195. חברה שקיבלה דרישה רשאית לפעול באחת הדרכים האלה:
- (1) לבצע פעולה או לקבל החלטה אשר כתוצאה ממנה נשמטת עילת התביעה; (2) לדחות את דרישת התובע בנימוקים שיפורטו בהחלטתה; (3) להחליט על הגשת תביעה.

מכל אלו נלמד, שבבסיס הדרישה לקיים הליך של פנייה מוקדמת, שוכנת בין היתר תכלית מניעת "היוולדות" מבראשית של התביעה, על ידי איון העילה העומדת ביסודה – וזאת, באמצעות תיקון הפגם המקום ומבסס אותה.

בתנ"ג 46924-05-11 דיין ואח' נ' פתאל ואח' (04.09.2012), עמדתי על מהותה של דרישת הפנייה המוקדמת וחשיבותה, וקבעתי את הדברים הבאים (שם, פס' 100) [הדגשות לא במקור – ח.כ.]:

"דרישת הפנייה המוקדמת הקבועה בסעיף 194 אינה מהווה תנאי פורמלי גרידא, כי אם תנאי מהותי, אשר מטרתו למנוע מבית המשפט לדון בתביעה שאינה בשלה, ולתת הזדמנות לדירקטוריון לדון ולהגיש להחלטה בעניין הגשת התביעה (ראו כהן, עמ' 494). בלא מילוי



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

דרישה זו, או כאשר מכתב הדרישה מנוסח בצורה כללית וסתמית, לא ניתנת לחברה אותה הזדמנות נדרשת לדון בעניין בטרם יגיע הוא לפתחו של בית המשפט, ובוודאי כך הדבר כאשר עילות מעילות התובענה כלל אינן מוזכרות במכתב הדרישה.

ויפים לעניין זה גם דברי כב' השופט ישעיה בתא (ת"א) 1931/00 שמעון שטרית נ' אריסון השקעות בע"מ, פס' 6 (01.09.2044) [הדגשות לא במקור – ח.כ.]:

"המחוקק ראה בחובתו של בית המשפט לבחון את קיומן של עילות תביעה לכאוריות, בטרם יאשר הגשת תביעה נגזרת, כדבר מובן מאליו. הוא הניח, כתנאי מוקדם שבלתו אין, כי קיימת לתובע, או למבקש, עילת תביעה לכאורית, שאם לא כן, אין כלל לדבר על הגשת תביעה נגזרת. כך עולה מהוראות סעיף 195 (1) ו(1) 197(1)-לחוק, אשר מהן ניתן להסיק כי ללא קיומה הלכאורי של עילת תביעה, אין התובע רשאי כלל להגיש את בקשתו לאישור התביעה הנגזרת. מקל וחומר אתה למד, כי בהעדרה של תשתית ראייתית שתצביע על קיומה של עילה כזו, לא יתיר כלל בית המשפט ניהול תביעה נגזרת ולא יאשר הגשתה."

וכך גם, דברי כב' השופטת רונן בתנ"ג (ת"א) 12839-08-12 שולמית בן לביא נ' העמותה לקידום מקצועי חברתי של הפקידים עובדי המינהל והשירותים, פס' 116 (20.10.2015), באשר לרציונאל העומד בבסיס דרישת המחוקק להמתין לתשובת החברה, מקום בו נעשתה פנייה מוקדמת [הדגשות לא במקור – ח.כ.]:

"הטעם לכך הוא משום שאם החברה לא השיבה כדין לפניית המבקש, הוא אינו יכול לבחון את השאלה האם הפעולות בהן היא נקטה אכן השמיטו את עילת התביעה אם לאו. החברה נדרשת להשיב למבקש כדי שהוא יוכל לבחון את השאלה האם הפעולות שננקטו על-ידיה השמיטו לדעתו של המבקש (כך עולה מנוסח הסעיף) את עילת התביעה – ומוכן שבלא תשובה המבהירה את הפעולות הללו, המבקש אינו יכול לגבש את דעתו בהקשר זה."





## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

אם כן, סיכומה של סוגיה זו – היא כי הנחת היסוד הניצבת בבסיס דרישת הפנייה המוקדמת היא שתיקון הפגם על ידי החברה, מקדם את טובתה – והרי תכלית זו היא העומדת ביסוד מוסד התביעה הנגזרת. לשיקולים אלה וכחלק מהם, מתווספים גם שיקולי יעילות שיפוטית וחסכון במשאבים, שהוצאתם היא לא לצורך.

על מנת שלא לצאת חסר אציון, כי הגם שהדרישה לפנייה מוקדמת היא כאמור תנאי להגשת תביעה נגזרת, השאלה אם פנייה שכזו היא אף תנאי הכרחי להגשת בקשת גילוי לפי סעיף 198א לחוק הושארה לפי שעה בצריך עיון [ראו דבריה של כב' השופטת וילנר ברע"א 8798/18 קרן טוליפ קפיטל נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פס' 23 (22.05.2019)]. אולם כאמור, שעה שבענייננו נקט המבקש בהליך הפנייה המוקדמת, ולצדדים אין טענות בעניין זה – ממילא אינני נדרש לסוגיה זו.

17. אשר לשאלת פסיקת גמול ושכר טרחה לתובע בהליך תביעה נגזרת, נתן המחוקק דעתו בסעיף 201 לחוק החברות, ובתוך כך קבע כי זו שמורה לאותם המקרים בהם ניתן פסק דין לטובת החברה בשמה הוגשה התביעה, וכך בלשון הסעיף:

**201. פסק בית המשפט לטובת החברה, רשאי הוא להורות על תשלום גמול לתובע, שטרם בהגשת התביעה הנגזרת ובהוכחתה.**

בהתאם, פסיקת גמול לתובע באותם המקרים בהם לא ניתן פסק דין לטובתה של החברה, למשל במסגרת הסתלקות מהתביעה הנגזרת – תיעשה במקרים חריגים בלבד [ראו גם תנ"ג 31934-02-14 ברק נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 69 (08.04.2016) (להלן – עניין ברק)], ובין היתר כאשר הגשת התביעה הנגזרת סייעה בתיקון הכשל מושא התביעה [שם].

זו נקודת המוצא לדיון בסוגיה המונחת לפתחו של בית משפט זה, ומכאן – לנסיבות העניין שלפניי, בראי תכליותיו של מוסד התביעה הנגזרת, ודרישת הפנייה המוקדמת בפרט – עליהן עמדתי לעיל בהרחבה.

### מן הכלל אל הפרט

18. בנסיבות העניין שלפניי, אינני סבור כי ההליך בו נקט המבקש הוא הליך סרק. אולם יחד עם זאת, בהתאם לתשתית שהונחה בפני בית המשפט בשלב זה בלבד – לא מצאתי כי ענייננו חוסה תחת אותם מקרים חריגים בהם ראוי יהיה לפסוק גמול ושכר טרחה, שעה שההליך דן לא הסתיים





## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

במתן פסק דין לטובתה של החברה. ודוק, המבקש לא הצביע על טעמים ונסיבות ייחודיות המצדיקות חריגה מן הכלל לפיו לא ייפסק גמול למבקש במסגרת הסתלקות מתביעה נגזרת; אולם אף יתרה מכך, לא מצאתי כי עלה בידי המבקש להוכיח כי אכן ייזום ההליך שבכותרת הוא לטובת החברה; כי הגשת הבקשה על ידו הביאה לתיקון דרכי החברה; וכן כי העברת כספי ההנפקה לחברת הבת, נעשתה בשל ובזכות נקיטתו של ההליך דנן. אבאר.

אומנם, אין מחלוקת כי ההחלטה בדבר מינוי צוות המומחים התקבלה בדירקטוריון החברה, לאחר פנייתו המוקדמת של המבקש לחברה; וכך גם, אין מחלוקת כי העברת כספי ההנפקה לחברת הבת בוצעה לאחר קבלת חוות הדעת ובהתאם להמלצות שפורטו שם. אולם יחד עם זאת, אין גם כל מחלוקת כי נקיטת ההליך והגשת בקשת הגילוי דנן, נעשתה בטרם מוצתה הפנייה המוקדמת – ואף בטרם היו בידי המבקש הכלים והמידע לבחינה האם מתקיימים התנאים הקבועים בדין, מכוחם רשאי המבקש לנקוט בהליך שבכותרת. היינו, במועד הגשת הבקשה טרם נודע האם הפנייה המוקדמת השמיטה את עילת התביעה – ואכן בדיעבד, הצדדים אינם חלוקים כי זו התייתרה.

ודוק, תכליותיו היסודיות של מוסד התביעה הנגזרת עליהם עמדתי בהרחבה – ובפרט, **טובתה של החברה**, מחייבים מנייה וביה הקפדה על המנגנונים והמועדים הקבועים בדין, ואין לראות בהם עניין טכני או פרוצדוראלי גרידא. בתוך כך, הרי שלא בכדי נדרש מיצויה של פנייה מוקדמת כאמור; ואי מיצויה – בהחלט עשויה במקרים מסוימים אף להסב נזק לחברה. נוכח האמור, בכך שאצה למבקש הדרך בעניינו, יש משום טעם לפגם.

כך למשל, ייתכן – ואינני קובע מסמרות בדבר שעה שהדבר לא נדרש, כי לו היה המבקש ממתין לקבלת תשובה לפנייה המוקדמת, הרי שההליך דנן היה נחסך ולא בא לעולם – על כל הכרוך בניהולו, גם מנקודת מבטה של החברה.

נוסף על האמור, וגם בכך אינני קובע מסמרות שכן לא נדרשת הכרעתי גופא, לא מצאתי כי עלה בידי המבקש לטוות את אותו קשר ישיר בין נקיטת ההליך שבכותרת לבין עצם העברת כספי ההנפקה – כך שנקיטת ההליך דנן מהווה גורם בלתו אין לריפוי פגם שנפל לכאורה בהתנהלותם של הדירקטורים בחברה.

ודוק, אינני יכול לדחות את טענת המשיבה לפיה החלטת הדירקטוריון בקשר עם כספי ההנפקה (הן לעניין אי העברתם עובר לנקיטת ההליך, הן לעניין העברתם לאחריו) – התקבלה לאחר תהליך



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

שקול וראוי שערך, כמפורט בחוות דעת המומחים. בפרט אינני יכול לדחות את ממצא חוות הדעת לפיהן טוב עשו חברי הדירקטוריון שעה שהמתינו עם קבלת ההחלטה ביחס לייעוד כספי ההנפקה עד להתבהרות דרישות הרגולציה, ובכלל זה לעניין ההוראות ליישום משטר כושר פירעון כלכלי של חברות ביטוח מבוסס Solvency II – דרישות שאין מחלוקת שהתבהרו אך ביום 14.10.2020 – היינו, שמונה ימים בלבד לפני שדיווחה החברה על הזרמת כספי ההנפקה.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף שעה שאכן בקשת הגילוי, כמו גם הפנייה המוקדמת שנשלחה לחברה, אינן כוללות כל התייחסות לסוגית הרגולציה, ומוקשה בעיני לטעון כי מדובר בעניין שולי או שאינו רלוונטי ללב ההחלטה שהתקבלה על-ידי הדירקטוריון בעניין.

כך גם לעניין הנזק הנטען באשר לאי פירעון כתבי ההתחייבות של כלל ביטוח בשנת 2020, אך בשל אי העברת כספי ההנפקה – אזי לא עלה בידי המבקש להוכיח כי בניגוד למסקנות חוות הדעת, כמו גם דוחותיה השנתיים של המשיבה לשנת 2019, תנאי כתבי ההתחייבות כלל אפשרו פירעון במועד זה, כפי שנטען על ידי המבקש.

**אשר על כן, בשים לב לתכליות מוסד הליך התביעה הנגזרת עליהן עמדתי בהרחבה לעיל – ובפרט לעניין מיצוי הליך פנייה מוקדמת, שלא מוצתה בענייננו; ובראי הוראות הדין לעניין המקרים בהם ראוי לפסוק גמול ושכר טרחה, מצאתי לדחות את דרישת המבקש לעניין זה.**

19. עתה לטענת הראי שהועלתה מצד המשיבה – לעניין חיוב המבקש בהוצאותיה הריאליות, לרבות שכ"ט עו"ד בגין נקיטת ההליך דן.

לאחר שבחנתי את טענות הצדדים לעניין זה, מצאתי כי פסיקת הוצאות לטובת המשיבה במקרה דן אינה עולה בקנה אחד עם התכלית העומדת בבסיס מוסד התביעה הנגזרת, וכי נסיבותיו של המקרה שלפניי אינן מצדיקות לעשות כן. ודוק, כפי שעמדתי בהרחבה לעיל, תכליתו של מוסד התביעה הנגזרת הוא להעניק לבעלי המניות ולדירקטורים יכולת לנקוט "אכיפה קולקטיבית" במקרים שבהם מתקיים כשל בממשל התאגידי, שלאורו אורגני החברה אינם ממצים את הכלים המשפטיים שלרשות החברה [ראו ע"א 1091/15 ראובר רונפלד נ' Dolphin Fund Limited, פס' 36 לט' (13.07.2016); רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שמואל שקדי, פס' 36 (27.08.2014)].



## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

בתוך כך, השתת הוצאות על התובע בתביעה נגזרת עשויה להוביל לאפקט מצנן שיכרסם ביתר בתמריצים להגיש תביעות נגזרות, באופן שיוביל לתוצאה שאינה רצויה [ראו למשל עניין לנואל, פס' 32; תנ"ג (מרכז) 10466-09-12 חברת השקעות דיסקונט בע"מ נ' נוחי דנקנר, פס' 17 (04.01.2018); תנ"ג (ת"א) 52117-02-12 דניאל בש נ' סעד רסולי, פס' 58 (28.01.2013); עניין ברק, פס' 26]. החשש מפני אפקט מצנן כאמור אך גובר, מקום בו יושתו הוצאות באותם הליכים שלכאורה לא היוו מלכתחילה הליכי סרק.

בנסיבות המקרה דנן, על אף שהמבקש לא מיצה את הליך הפנייה המוקדמת, ואף אם לא עלה בידו המבקש לקשור את אותו קשר ישיר בין נקיטת ההליך לבין ההחלטות שהתקבלו מאוחר יותר על ידי המשיבה – הרי שאינני סבור כי מדובר בהליך סרק; ובוודאי אינני סבור כי משיקולי מדיניות משפטית רצויה, יהיו אלו המקרים אותם ראוי יהיה למנוע ולייצר לגביהם הרתעה.

על יסוד כל אלה, מצאתי כי אין מקום בנסיבות העניין לחייב את המבקש בהוצאות המשיבה, או כל חיוב אחר שנתבקש על ידה.

20. סיכומי של דבר, לאחר שבחנתי את טענות הצדדים מצאתי כי האיזון הראוי במקרה דנן, בשים לב לתכליות העומדת בבסיס מוסד התביעה הנגזרת; להוצאות בהן נשאה המשיבה בעקבות נקיטת ההליך דנן; ולטרחו והסיכון שלקח על עצמו המבקש בעת הגשת הבקשה מאידך – הוא שכל צד יישא בהוצאותיו, וכך אני מורה.

### סוף דבר

21. לאור כל האמור לעיל, דין בקשת הגילוי – דחייה.

22. בנסיבות העניין כאמור, אין צו להוצאות.

### המזכירות תשלח העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, י"ד שבט תשפ"א, 27 ינואר 2021, בהעדר הצדדים.





## המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

תנ"ג 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

27 ינואר 2021

חאלד כבוב, שופט, סגן הנשיא

