



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1

לפני כבוד השופטת רות רונן

**המבקש:** עידן בן-שטרית  
ע"י ב"כ עוה"ד סבו, קלעי ורוזן

נגד

**המשיבים:**

1. חברת השקעות דיסקונט בע"מ
- ע"י ב"כ עוה"ד הרטמן, זמיר וסולניק
2. אדוארדו אלשטיין
3. אלחנדרו אלשטיין
4. סאול זאנג
- משיבים 2-4 ע"י ב"כ עוה"ד רובין, ידגר, גבאי-מצגר
- ובויאנג'יו
5. לילי אילון
6. יוסף זינגר
7. מאיר יעקבסון
8. משה מטלון
9. שולם לפידות
10. גיל קוטלר
- משיבים 5-10 ע"י ב"כ עוה"ד הרטמן, זמיר וסולניק

2

### החלטה (בקשה לגילוי מסמכים)

3

4

5 1. המבקש הגיש נגד המשיבים בקשה לאישור תביעה ייצוגית (בקשה שתכונה להלן):  
6 "בקשת האישור". הבקשה הנוכחית היא בקשה לגילוי מסמכים במסגרת בקשת  
7 האישור.

8

9

### בקשת האישור

10 2. בקצירת האומר יובהר כי עניינה של בקשת האישור הוא ביציאה של מניית חברת  
11 השקעות דיסקונט בע"מ (להלן: "דסק"ש" או "החברה") מהמדדים המובילים  
12 בבורסה בתל אביב ביום 1.2.2018. זאת לאור העובדה שאחזקות הציבור בחברה לא



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

עמדו ברף הנדרש כדי להיות במדדים, רף חדש שנכנס לתוקף באותו מועד (רף של 30% אחזקות ציבור). המבקש טען כי יציאת החברה מהמדדים גרמה נזק לבעלי-המניות מהציבור בחברה – שהם חברי הקבוצה אותם הוא מבקש לייצג.

המבקש טען כי למשיב 2 (שיכונה להלן: **"בעל השליטה"** או **"מר אלשטיין"**), שהוא יו"ר דירקטוריון החברה ומי שהוא לגישת המבקש בעל השליטה בה (יחד עם המשיב 3), לא היה תמריץ לשמור על מניית דסק"ש במדדים. משכך, היה האינטרס של בעל השליטה בחברה שונה מזה של יתר מחזיקי המניות, ולכן יש להחיל עליו רף של **"הגינות מלאה"**. המבקש הוסיף וטען כי המסקנה שלעיל מתחזקת בנסיבות המקרה דנן, כאשר מבנה השליטה בחברה הוא באמצעות שרשרת חברות. מבנה כזה מקטין את התמריץ של בעל השליטה להשיא את שער המנייה על מנת למנוע ניסיונות השתלטות ולמעשה מאיין אותו.

3. המבקש הוסיף וטען כי במסגרת ניסיון (שהמבקש טען שהוא מלאכותי ובלתי-חוקי) לציית להוראות החוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות התשע"ד – 2013 (להלן: **"חוק הריכוזיות"**), מכרה חברת אי די בי פיתוח בע"מ (להלן: **"אי די בי פיתוח"**) את כלל מניותיה בדסק"ש לתאגיד חדש שהוקם לצורך כך, חברת דולפין אי. אל. השקעות בע"מ (להלן: **"דולפין אי אל"**). יוער כי מתשובות המשיבים עולה כי אי די בי פיתוח היא בבעלות מלאה אותה חברה אם שהיא החברה האם של דולפין אי אל, כאשר שני התאגידים נמצאים בשליטה עקיפה של מר אלשטיין.

המבקש טען כי הרוכשת, דולפין אי אל, היא חברה פרטית בשליטת המשיבים 2-4 (שיכוננו להלן יחד: **"בעלי-השליטה"**). יוער כי לגישת המשיבים 2-4, מדובר בחברה הנשלטת בעקיפין על-ידי מר אלשטיין, ושהמשיבים 3-4 מחזיקים בעקיפין באחזקות לא מהותיות בה. כך או כך, נטען כי התמורה בגין המכר שולמה ברובה כהלוואת מוכרת שחושבה על יסוד הערכת שווי של מחיר המניה. לכן, כך טען המבקש, בתקופה הרלוונטית היה לבעל השליטה תמריץ **"לדכא"** את מחירה של מניית דסק"ש. ההחלטה לא לבצע פעולות שנועדו כדי להותיר את מניית דסק"ש



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 במדדים, שירתה מטרה זו והביאה לרווח לבעל השליטה. זאת מאחר שהיא הקטינה  
2 את החוב של דולפין אי אל לאי די בי פיתוח.  
3
4. מעבר לכל אלה התייחס המבקש לעסקאות החלף. עסקאות אלה בוצעו לגישתו על-  
5 ידי מר אלשטיין באמצעות אי די בי פיתוח. המבקש פירט כי אי די בי פיתוח דיווחה  
6 שהיא ביצעה 3 עסקאות החלף עם בנק שהתקשר מנגד עם צד ג' שהוא בעל המניות  
7 בדסק"ש. בעסקאות אלה התחייבה אי די בי פיתוח כי במועד תום העסקה תיערך  
8 התחשבנות בינה לבין מחזיק המניות באמצעות הבנק, כך שבהתאם למחיר המכירה  
9 של מניות דסק"ש על-ידי אותו צד שלישי, היא תחויב או תזוכה בהפרש המחיר  
10 ביחס לעסקת הבסיס. להבטחת התשלום, הפקידה אי די בי פיתוח סכום של כ-65  
11 מיליון ₪ (המשקף את כמות המניות נושא עסקת ההחלף). לגישת המבקש, גם  
12 נסיבות אלה מחזקות את המסקנה אודות קיומו של תמריץ ממשי לבעל השליטה  
13 לכך שמחיר המניה יהיה נמוך ככל הניתן, תמריץ שהוא שונה מהאינטרס של בעלי-  
14 המניות מקרב הציבור.  
15
5. המבקש טען בבקשה כי חברי דירקטוריון דסק"ש הפרו את חובות הזהירות, חובת  
16 האמונים, חובת תום הלב וחובת ההגיונות המוטלות עליהם כבעלי מניות ובעלי  
17 שליטה בחברה. התנהלות בעלי-השליטה מהווה לשיטתו גם עשיית עושר ולא  
18 במשפט.  
19  
20
6. המשיבים כפרו בטענות המבקש בבקשת האישור. הם טענו – בין היתר – כי החובה  
21 שהמבקש עותר שבית-המשפט יטיל על החברה, היא חובה לפעול באורח יזום  
22 ואקטיבי כדי לכלול את מניות החברה במדדים החדשים, מדדים שהם תולדה של  
23 רפורמה רחבת היקף עליה החליטה הבורסה בתל אביב. חובה כזו – כך נטען – אינה  
24 נמנית עם החובות המוטלות עליהם. עוד נטען כי יש לדחות גם את טענות המבקש  
25 ביחס לעניין אישי שהיה לגישתו למשיבים.  
26  
27
- 28 המשיבים טענו כי אף לו הייתה מוטלת עליהם חובה כלשהי, הרי נערכו שתי ישיבות  
29 דירקטוריון בהן הוחלט, בהתאם לשיקול-הדעת העסקי של המשתתפים בהן, כי



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 חלופות הפעולה להיכללות במדדים אינן עדיפות על החלופה שלא להיכלל בהם.  
2 ישיבות אלה התקיימו חודשים לאחר המועד שבו נקבע גובה התמורה בעסקת  
3 הריכוזיות וחודשים לפני עסקאות ההחלף (עסקאות שנבעו מצרכים שהתעוררו  
4 מאוחר יותר). לכן, לגישת המשיבים, אף אם נניח שחלה על החברה חובה לשקול  
5 פעילות למען היכללות במדדים, אין קשר סיבתי בין ההחלטה של הדירקטוריון שלא  
6 להיכלל במדדים החוסה תחת הגנת כלל שיקול-הדעת העסקי, לבין העסקאות  
7 האמורות.

8

9

### הבקשה לגילוי מסמכים

10 7. המבקש עתר כי בית-המשפט יורה למשיבים לגלות לו שורה של מסמכים שפורטו  
11 בבקשה. הוא טען כי הוא זכאי למסמכים המבוקשים ממספר טעמים –

12

13 ראשית, הוא זכאי למסמכים שנזכרו בכתבי התשובה של המשיבים מתוקף תקנות  
14 75 ו-114 לתקנות סדר הדין האזרחי;

15 שנית, הוא זכאי לאסמכתאות שנמסרו למומחה במסגרת חוות-דעתו מכוח תקנה  
16 134א לתקנות סדר הדין האזרחי (ובכלל זה תחשיבים שונים שהמומחה ערך ואופן  
17 בחירת המדגמים על-ידיו);

18 ושלישית – הוא זכאי למסמכים שהם רלוונטיים לבקשת האישור.

19

20 לכן, ומאחר שהוא עומד ביתר התנאים הנדרשים לכך, על בית-המשפט להיעתר  
21 לבקשתו.

22

23 8. לטענתו של המבקש הוא הוכיח תשתית ראייתית ראשונית לטענותיו בבקשה, וזאת

24 הן ביחס להפרת חובת האמון והן ביחס להפרת חובת הזהירות על-ידי המשיבים.

25 המבקש הוסיף והבהיר את הרלוונטיות של המסמכים המבוקשים על-ידיו בהקשר  
26 זה – הכוללים פניות של החברה לגופים המוסדיים לצורך בחינת הנפקה פרטית;

27 הערכת שווי של מניות דסק"ש; מסמכי המו"מ בין אי די בי פיתוח לבין דולפין אי

28 אל; עסקאות ההחלף וכל המסמכים הנוגעים אליהן; והיערכות הנהלת החברה

29 והדירקטוריון לרפורמה במדדים.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1

2 9. בהתייחס לתשתית הראייתית הראשונית טען המבקש כי הוא עמד בבקשת האישור  
3 על כך שלבעלי-השליטה היה אינטרס שמחיר המניה של דסק"ש יהיה נמוך ככל  
4 הניתן במועד השלמת עסקת הרכיזיות – מועד שקדם למועד הבחינה לצורך קיום  
5 התנאים להישארות במדד הרלוונטי. זאת משום שמחיר זה השפיע על העסקה  
6 הפנימית בקבוצה, בה מכרה אי די בי פיתוח (שהיא חברה ציבורית) את מניות  
7 דסק"ש לחברת דולפין אי אל, חברה פרטית בבעלות בעלי-השליטה. עוד נטען כי  
8 לאחר השלמת עסקת דסק"ש הוסיף בעל השליטה ליהנות מהמחיר הנמוך של  
9 המניה, מחיר שיאפשר לו להגדיל את אחזקותיו בחברה באמצעות סדרה של  
10 עסקאות החלף.

11

12 המבקש ציין כי לגישתו גרסת המשיבים בהקשר זה (שכלל אין צורך לטענתו  
13 להידרש אליה בשלב זה של הדיון) תומכת אף היא בעמדתו. זאת מאחר שהמשיבים  
14 טענו כי שווי מניות דסק"ש לא הושפע משער המניה, אולם הם נמנעו מלחשוף את  
15 המסמכים המבססים טענה זו.

16

17 10. בהתייחס לעסקאות ההחלף טען המבקש כי עסקאות אלה נפתחות בדרך-כלל  
18 בפוזיציה בה הרוכש מתחייב למחזיק בפועל של מניות כי הוא ירכוש ממנו את  
19 המניות בשער ביום פתיחת הפוזיציה, והמוכר מתחייב למכור את המניות במחיר  
20 זה. לכן מדובר בעסקה שהרווחיות שלה נובעת מהבדלי השער בין מועד פתיחת  
21 הפוזיציה ומועד סגירתה. ככל ששער המניה ביום פתיחת הפוזיציה הוא נמוך יותר,  
22 כך ייהנה הרוכש משער זה במועד סגירת הפוזיציה ורכישת המניה עצמה. לטענת  
23 המבקש, למרות שעסקאות ההחלף הן חלק משמעותי מבקשת האישור, הרי  
24 שהמשיבים נמנעו מלהציג את חווי העסקאות עצמם, באופן היוצר חזקה נגדם.  
25 חזקה זו, היפה בשלב סיום ההליך, יפה גם בשלב גילוי המסמכים בו הרף הראיית  
26 הוא נמוך יותר.

27

28 עוד נטען כי מתשובות המשיבים עולה שבעלי-השליטה מודים כי בשל עסקת  
29 הרכיזיות – הם אדישים ל"ביצוע" המניות בתקופת השעבוד שלהן. זאת בשל



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 האיסור שחל על בעל השליטה למכור את אחזקותיו בדסק"ש בתקופה של 5 שנים  
2 אלא אם כן יינתן לכך אישור הנאמנים והוועדה הבלתי-תלויה באי די בי פיתוח.  
3 בעסקת הריכוזיות קיבל בעל השליטה את מניות דסק"ש בהלוואת מוכר מאי די בי  
4 פיתוח לתקופה של חמש שנים, כאשר ההלוואה מגובה בשעבוד על מניות דסק"ש  
5 ללא זכות חזרה לקונה עצמו (בעל השליטה). לכן בעל השליטה אדיש למחיר המניה  
6 גם בתום תקופת חמש השנים ולא רק במהלכה.

7

8 11. העולה מהאמור הוא – כך נטען – כי האינטרס של בעל השליטה הוא שונה באופן  
9 קטגורי מזה של בעלי-המניות מהציבור. בעוד שהמניות בידיהם של המחזיקים  
10 מהציבור הן נזילות וערכן נמדד מדי יום מול מצבת התחייבויותיהם, הרי שבידי בעל  
11 השליטה יש מניות שאינן נזילות, ומחירן עד למועד פירעון הלוואת המוכר שניתנה  
12 לו בגינן אינו מעלה ואינו מוריד.

13

14 שוני זה יוצר הבדל בתמריצים – לבעלי-המניות מהציבור יש אינטרס בשער גבוה של  
15 המניה בכל עת, ומנגד לבעל השליטה יש תמריץ למחיר גבוה רק במועד פירעון  
16 ההלוואה (וגם זאת באופן מסויג שכן מדובר בהלוואה ללא זכות חזרה לקונה  
17 ו"מחוץ לכסף").

18

19 מכאן שהמשיבים 2-4 – בעלי-השליטה, היו אדישים למחיר המניה לפי הודאתם  
20 שלהם, בעוד שהייתה להם אפשרות ממשית להתעשר מירידת שווי המניה במהלך  
21 חמש השנים עד לפירעון ההלוואה – כפי שאכן קרה בפועל.

22

23 12. מעבר לכך טען המבקש כי מתשובות המשיבים עולה שביום 19.12.2017 נדרשו בעלי-  
24 השליטה בישיבת הדירקטוריון להשיב האם הם מתכוונים לרכוש מניות של דסק"ש  
25 ככל ששער המניה יירד עקב יציאת המניה מהמדדים. מהאמור בפרוטוקול ממועד  
26 זה עולה כי בעלי-השליטה בחנו כבר אז, במועד הדיונים אודות ההערכה לרפורמה  
27 במדדים, את האפשרות כי במקרה שבו יירד שער המניה – הם ינצלו זאת כדי להפוך  
28 את החברה לפרטית וייהנו באופן זה לא רק מהגדלת האחזקות שלהם אלא גם



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

מיישום הדרישה בחוק הריכוזיות לקיפול שכבה נוספת בפירמידה עד יום 1.1.2020.  
ירידת השער שיפרה חלופה זאת עבורם.

המבקש הוסיף כי בפועל, במהלך התקופה בין עסקת הריכוזיות ועד היום, הגיעו אחזקותיהם של בעלי-השליטה בדסק"ש לקרוב ל-90% - הן מכוח עסקאות ההחלף והן על-ידי דילול המחזיקים מהציבור בדרך של רכישה חוזרת של מניות על-ידי החברה. גידול זה באחזקות של בעל השליטה הביא בתורו לגידול נוסף בדיסקאונט שבו נסחרת המניה - ובהתאמה לירידת שווי האג"ח של אי די בי פיתוח, ששווי תלוי בשער מניות דסק"ש.

13. בהתייחס לטענה אודות הפרת חובת הזהירות, טען המבקש כי הרפורמה במדדי הבורסה פורסמה על-ידי הבורסה עוד ביום 19.8.2016. מועד כניסתה לתוקף של הרפורמה נדחה לחודש פברואר 2018, כאשר המועד הקובע לחישוב אחזקות הציבור נקבע ליום 30.12.2017. הבורסה קבעה אם כן פרק זמן של כשנה וחצי להיערכות של החברות לשינוי. למרות האמור לא התקיים בדסק"ש כל דיון אודות הרפורמה בשנת 2016 או ב-11 החודשים הראשונים בשנת 2017.

הדיון הראשון בנושא נערך ביום 19.12.2017 – קרי כ-11 ימים לפני המועד הקובע. הבחירה לדון ברפורמה המשמעותית הזו רק 11 ימים לפני המועד, היא כשלעצמה הפרה של חובת הזהירות שייתכן שעולה כדי פזיזות. הדירקטוריון לא דן כלל בסוגיה קודם למועד זה ולא קבע מהי מסגרת הזמנים הדרושה לחברה כדי להיערך להתמודדות עם הרפורמה. מפרוטוקול ישיבת הדירקטוריון ביום 19.12.2017 עולה כי הנהלת החברה לא נדרשה לרפורמה בתקופה של למעלה משנה מיום שהבורסה הודיעה אודותיה.

14. עוד טען המבקש כי העובדה שעד אותו מועד לא שאלו חברי הדירקטוריון והנהלה מהו פרק הזמן הדרוש להיערכות לרפורמה - אם החברה מתכוונת להיערך לשימור המניה במדדים, מעידה כי ההחלטה על התכנסות כה מאוחרת נעשתה בחוסר מודעות ומתוך אדישות להשלכותיה. הפרה זו של חובת הזהירות מתעצמת נוכח



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 הנסיבות הקונקרטיות של חברת דסק"ש והצמצום המשמעותי של אפשרויות  
2 הפעולה של החברה תוך איון חלק מהחלופות.

3  
4 כך למשל, אחת החלופות לשימור המניה במדדים הייתה פניה לבעל השליטה כדי  
5 שיפזר מניות ויקטין את אחזקותיו, כפי שעשו בעלי שליטה רבים בחברות אחרות.  
6 אולם, אופציה זו לא הייתה קיימת במועד הדיון בדירקטוריון, שכן במסגרת עסקת  
7 הריכוזיות (בין אי די בי פיתוח לבין דולפין אי אל) שועבדו מניות דסק"ש לטובת  
8 החוב ולא ניתן היה לכן למכור אותן לציבור.

9  
10 ואולם, אילו היה הדירקטוריון מקיים את הדיון חודש אחד מוקדם יותר, החסם  
11 הזה לא היה קיים. עד יום 22.11.2017 הייתה דסק"ש יכולה לפנות לאי די בי פיתוח  
12 כדי שזו תפזר מניות לצורך שימור שווי האג"ח שהנפיקה (התלוי בשער מניות  
13 דסק"ש ולא רק בשווי ההוני של החברה). מיום 22.11.2017 ואילך עברה הבעלות  
14 במניה מהחברה הציבורית – אי די בי פיתוח, לחברה פרטית של בעל השליטה,  
15 שאינה מדווחת ושאינה בה דירקטורים ציבוריים. מאחר שרוב חברי דירקטוריון  
16 דסק"ש ונושאי המשרה בחברה הם חברים גם בדירקטוריון אי די בי פיתוח ונושאי  
17 משרה בה, הם היו מודעים למועד שבו צפויה הייתה להיחתם עסקת הריכוזיות ולכך  
18 שבמסגרתה ישועבדו המניות. היה עליהם לדעת אם כן אי די בי לא יפנו לבעל  
19 השליטה קודם ליום 22.11.2017 בבקשה לפזר מניות, האפשרות לעשות זאת לאחר  
20 מכן תהיה קשה ביותר או אף לא מעשית.

21  
22 לשיטת המבקש, אילו היה דירקטוריון דסק"ש פונה לבעל השליטה עד יום  
23 22.11.2017 בבקשה לפזר מניות והוא היה נדחה, לא היה בכך כדי למנוע ממנו לפנות  
24 לבעלת השליטה הפורמאלית החדשה לאחר מועד זה. אלא שההיפך אינו נכון,  
25 והאפשרות לפנות לאי די בי פיתוח בבקשה לפזר מניות עברה אם כן מהעולם בטרם  
26 היא נבחנה.

27  
28 15. החלופה השנייה שנדונה בדירקטוריון הייתה הנפקה פרטית. זו חלופה המושפעת  
29 במישרין ממועד הדיון בה. הנפקה פרטית והפרמיה שאפשר לקבל בה מושפעת





## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

ממרכיבים רבים, ובכלל זה היא תלויה בגמישות של המציעה לעומת גמישות הניצע.  
ככל שהמציעה "לחוצה" יותר להשלים את העסקה – כך הפרמיה השלילית שהניצע  
ידרוש תגדל. במקרה דנן, במועד שבו החלה דסק"ש לבחון את העסקה – היו  
הניצעים מודעים היטב לכך שמדובר בהצעה הניתנת בתנאי לחץ. המשיבים לא  
צירפו מסמכים המעידים על הבדיקות שערכו ושכתוצאה מהן הם הגיעו למסקנה  
לפיה אין היתכנות להנפקה פרטית בפרמיה סבירה. גם בהקשר זה נטען כי חזקה  
שמסמכים אלה היו עומדים למשיבים לרועץ.

המבקש הוסיף כי המשיבים טענו בתשובותיהם כי גם לאחר יום 22.11.2017 הייתה  
בעלת השליטה הפורמלית, דולפין אי אל, יכולה להפיץ מניות של דסק"ש באישור  
הוועדה הבלתי-תלויה ומחזיקי האג"ח של אי די בי פיתוח. אולם מתשובות  
המשיבים לבקשת האישור עולה כי מעולם לא נערכה פנייה כזו. דירקטוריון דסק"ש  
לא פנה מעולם לבעל השליטה בבקשה להפיץ מניות. מעבר לכך צוין כי למחזיקי  
האג"ח ישנו אינטרס ברור לשמר את המניה במדדים לאור הזיקה בין שווי האג"ח  
שהנפיקה אי די בי פיתוח לבין שווי מניית דסק"ש. דינו של בעל השליטה מבחינה זו  
הוא שונה.

לכן נטען כי אילו היה דירקטוריון דסק"ש פונה לבעלת השליטה הפורמלית (דולפין  
אי אל) ולבעל השליטה המהותי (אי די בי פיתוח) – יתכן שבקשה זו הייתה נענית  
בחיוב. אי קיום הפנייה הוא רובד נוסף של הפרת חובת הזהירות על-ידי המשיבים.

16. רובד נוסף אחר נוגע לעובדה שנושאי המשרה שאינם בעלי-השליטה התעלמו  
מהעניין האישי הברור של בעלי-השליטה קודם לביצוע עסקת דסק"ש ואחריה,  
"לדכא" את מחיר מניית דסק"ש (או לפחות לאדישותם למחיר המניה). היה על  
נושאי המשרה וחברי הדירקטוריון לפעול באופן עצמאי על-מנת לקיים דיון בלתי-  
תלוי בשאלת שימורה או יציאתה של מניית דסק"ש מהמדדים עקב הרפורמה  
בבורסה.

**תשובות המשיבים לבקשה לגילוי מסמכים**



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

### תשובת המשיבים 1 ו-5-10

1

2 17. בתשובתם של המשיבים 1 ו-5-10 (שבפרק זה יכוננו למען הנוחות – "המשיבים")  
3 נטען כי המבקש העלה בבקשתו לגילוי מסמכים טענות שלא נטענו בבקשת האישור  
4 ולא נתמכו בראיות. המשיבים הדגישו כי בקשה לגילוי מסמכים במסגרת הליך של  
5 בקשה לאישור תביעה ייצוגית היא בקשה שתאושר במשורה בלבד, ורק בהתקיים  
6 התנאים הספציפיים שנקבעו בתקנות תובענות ייצוגיות, ובכלל זה החובה להוכיח  
7 תשתית ראייתית ראשונית והצבעה על מסמכים קונקרטיים שקיומם ומהותם ידוע  
8 למבקש בקווים כלליים.

9

10 18. בהתייחס לטענות המבקש לגבי תחולתה של תקנה 75 לתקנות סדר הדין האזרחי,  
11 נטען כי תקנה זו חלה רק על מסמכים שנזכרו מפורשות בכתבי הטענות ומצויים  
12 בשליטתו של בעל-הדין. המשיבים הדגישו בהקשר זה כי התקנה אינה חלה על  
13 מסמכים שנזכרו בכתבי הטענות ב"אופן גנרי" ועל ראיות המתעדות אירועים  
14 שנזכרים בכתבי הטענות. המשיבים הוסיפו וטענו כי כדי לאפשר למבקש לעיין  
15 במסמכים שהתקנה חלה עליהם, עליו להניח תשתית ראייתית ראשונית לטענותיו  
16 בבקשת האישור. זאת מכוח ההסדר הספציפי והפרטני שנקבע בתקנה 4 לתקנות  
17 תובענות ייצוגיות.

18

19 עוד נטען כי כל האמור לעיל מקבל משנה תוקף כאשר המבקש הוא זה שהזכיר את  
20 המסמך המבוקש. לגישת המשיבים, אין "להמריץ" תובעים ייצוגיים להשתמש  
21 בהליך המקדמי של גילוי מסמכים בשלב בקשת האישור כתחליף לחשיפת מידע  
22 אודות החברה. במקרה דנן, עתר המבקש לקבל את הסכמי עסקאות ההחלף  
23 (שלגישת המשיבים דסק"ש לא הייתה צד להן). מדובר בעסקאות שנערכו חודשים  
24 לאחר המועד הקובע לעניין המדדים. לגישת המשיבים, טענת המבקש ביחס  
25 לעסקאות אלה היא טענה שלא נומקה ולא נתמכה בתשתית ראייתית ראשונית  
26 כלשהי.

27

28 בהתייחס לתקנות 113 ו-114 לתקנות סדר הדין האזרחי, טענו המשיבים כי אף בהן  
29 אין כדי לסייע למבקש. לטענתם, התקנות חלות רק על מסמכים שהם רלוונטיים



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

לשלב הזה של ההליך, וכדי לאפשר עיון מכוחם – על המבקש להוכיח קיומה של תשתית ראייתית ראשונית המעידה על קיומה של עילה אישית נגד הנתבע.

בהתייחס לתקנה 134א לתקנות סדר הדין האזרחי מכוחה עותר המבקש לקבל את האסמכתאות שהמומחה הסתמך עליהן בחוות-דעתו, נטען כי אם אין מדובר באסמכתא וקל וחומר – אם המומחה לא הסתמך עליה, לא קיימת חובת גילוי.

19. המשיבים טענו כי בקשת הגילוי היא בקשה כללית וגורפת. לגישתם, בניגוד להלכה הפסוקה, המבקש לא הגביל את עצמו למסמכים קונקרטיים אלא ערך "מסע דייג" של מסמכים. המשיבים ציינו כי לפחות חלק מהמסמכים המבוקשים חוסים תחת חסיונות, ומאחר שלא הוגשה בקשה לגילוי מסמכים ספציפיים, המשיבים אינם יכולים לפרט את טענותיהם ביחס לכל מסמך ספציפי.

20. בהתייחס לרף הראייתי (שלטענת המשיבים המבקש לא עמד בו), טענו המשיבים כי לא חלה עליהם כל חובה משפטית לפעול באופן אקטיבי ובכלל זה למכור או להנפיק מניות כדי להיכלל במדדים החדשים לאחר הרפורמה הרחבה שהמשיבים לא היו אחראים לה. בהעדר חובה כזו – קורסת בקשת האישור כולה. על-כל-פנים, היה על המבקש להציג תשתית שתבסס את האפשרות הסבירה כי התביעה תוכרע לטובת הקבוצה.

המשיבים הוסיפו וטענו כי מבחינה ראייתית טען המבקש לקיומם של תמריצים שהנחו כביכול את בעלי-השליטה שלא לבצע פעולות שנועדו להשאיר את החברה במדדים (עסקת הריכוזיות ועסקאות ההחלף). אולם טענות אלה לא נתמכו בחוות-דעת מומחה מטעם המבקש, אף שעומדות בבסיסן טענות כלכליות מובהקות. גם הטענה לפיה המחדל בביצוע פעולות כלשהן לצורך השארת המניה במדדים גרם לכך שמחיר המניה שיקף את הבנת בעלי-המניות שהחברה עתידה לצאת מהמדדים – היא טענה שלא נתמכה בחוות-דעת המומחה.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

21. עוד נטען כי המשיבים הוכיחו שטענות המבקש לגבי התמריצים שיצרה כל אחת מהעסקאות הן חסרות בסיס. **ביחס לעסקת הריכוזיות** נטען שגישת המבקש לפיה התמורה בעסקה זו חושבה על יסוד פרמיה על מחיר המניות בבורסה, לא נתמכה בכל ראיה והיא שגויה לגופה; לא הובאה גם כל ראיה להוכיח איזה אינטרס היה לבעל השליטה להפחית את החוב בין שתי החברות שהן שתיהן בבעלותו ובשליטתו, וכאשר המניות שרכשה האחת מהשנייה הן בלאו הכי משועבדות במלואן; לא הובאה ראיה כי ניתן היה "לדכא" את מחיר המניה בחודש ספטמבר 2017 – המועד שבו סוכם מחיר המניה בעסקת הריכוזיות, הגם שנוטר פרק זמן של מספר חודשים עד למועד הקובע של הרפורמה; ולא הובאו ראיות ל"דיכוי" של מחיר המניה בפועל.
- 10
- ביחס לעסקאות ההחלף** נטען כי המבקש העלה את טענותיו בצורה עמומה ולא ברורה; הוא לא צירף אף ראשית ראיה לכך שאי-ההיכללות במדדים נועדה לשרת את עסקאות ההחלף שבוצעו כחצי שנה לאחר מכן (כתוצאה מהתפתחויות פיננסיות מאוחרות); הוא לא הסביר איך עסקאות ההחלף יוצרות אינטרס שמחיר המניות של החברה יהיה נמוך (שכן מה שחשוב בעסקאות אלה הוא ההפרשים לאחר ההתקשרות ולא מחיר הבסיס של המניה בלבד); והוא לא הבהיר ולא הביא ראיה להוכיח כי התועלת של בעלי-השליטה בביצוע עסקאות ההחלף הייתה גבוהה מהנזק שיכול היה להיגרם להם כביכול עקב הירידה הנטענת במחיר המניה.
- 19
22. עוד נטען כי הדירקטוריון דן בסוגיית ההיכללות במדדים פעמיים, בשתי ישיבות נפרדות, והוחלט כי אין מקום לבצע פעולות יזומות לשימור המניות במדדים. בהחלטה זו תמכו גם הדירקטורים הבלתי-תלויים. החלטת הדירקטוריון מוגנת בכלל שיקול-הדעת העסקי, והיא מנתקת את הקשר הסיבתי בין עסקת הריכוזיות ועסקאות ההחלף לבין ההחלטה שלא לפעול לכך שהחברה תיכלל במדדים.
- 25
23. עוד טענו המשיבים כי במסגרת בקשת הגילוי, הרחיב המבקש את חזית המחלוקת והוסיף חזית שלמה שאינה קיימת בבקשת האישור ושיש להתעלם ממנה. המשיבים חזרו על עמדה זו לאחר שהמבקש הגיש את תגובתו לתשובה לבקשת האישור, בהודעה מיום 26.11.2019. המשיבים מתייחסים לטענה כי שעבוד מניות דסק"ש



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 כחלק מעסקת הריכוזיות הביא לכך שבעלי-השליטה היו אדישים לשווי המניה  
2 בתקופת השעבוד. לגישתם, בבקשת האישור טען המבקש לעניין אישי של בעלי-  
3 השליטה שרצו להשפיע על התמורה של עסקת הריכוזיות. בבקשה הנוכחית לעומת  
4 זאת, טוען המבקש לעניין אישי הנובע מתנאים אחרים של העסקה עצמה זולת  
5 התמורה.

6  
7 מעבר לכך, בבקשת האישור התייחס המבקש לעניין אישי שהיה קיים **עד** מועד  
8 עסקת הריכוזיות, בעוד שבבקשת הגילוי דן המבקש טוען לעניין אישי שנוצר **לאחר**  
9 שהושלמה עסקת הריכוזיות. דרך טיעון זו מקפחת את המשיבים, מה עוד שאין  
10 טענה לפיה הטענות העובדתיות שעליהן היא מבוססת לא היו ידועות לציבור  
11 ולמבקש (שאף הגיש ביחס לעסקת הריכוזיות הליך ייצוגי מקביל). עוד נטען כי יש  
12 לדחות את הטענה החדשה לגופה בין היתר מאחר שאף אם בעל השליטה היה אדיש  
13 לאינטרס שלו כבעל מניות, אין סיבה להניח כי היה לו אינטרס להתעלם מטובת  
14 החברה.

15  
16 24. טענה חדשה נוספת שהעלה המבקש לדברי המשיבים, היא הטענה לפיה היה לבעלי-  
17 השליטה עניין אישי עקב הצורך לעמוד בהוראות חוק הריכוזיות. כך, בבקשת  
18 האישור טען המבקש לעניין אישי של בעלי-השליטה בשל עסקת הריכוזיות שנועדה  
19 לאפשר "קיפול" שכבה כדי לעמוד בהוראות חוק הריכוזיות בשנת 2017. ואולם,  
20 בבקשה לגילוי מסמכים הוא טוען כי העניין האישי נוצר מהצורך לקפל שכבה נוספת  
21 בעתיד כדי לעמוד בהוראות החוק **בשנת 2019**. הוראות חוק הריכוזיות הן ידועות  
22 ומפורסמות והמבקש יכול היה לכן להעלות את טענותיו בהקשר זה כבר בבקשת  
23 האישור.

24  
25 לגופו של עניין, גם טענה זו היא מופרכת שכן המבקש עצמו הודה שישנן דרכים רבות  
26 לעמידה בחוק הריכוזיות. המבקש הצדיק את האיחור בהעלאת הטענה בכך שהוא  
27 הסתמך בה על פרוטוקול ישיבת הדירקטוריון. אולם הפרוטוקול מחליש את טענתו  
28 שכן מר אלשטיין ציין בישיבה זו כי במועד הישיבה לא הייתה כוונה לבצע הצעת  
29 רכש של מניות דסק"ש. המשיב 4 ציין כי החברה עצמה נדרשת לעמוד בהוראות חוק



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

הריכוזיות, וכי אין לדעת מה יקרה עד חודש דצמבר 2019. לכן, אין בסיס לטענה כאילו במועד זה הייתה תכנית לרכישת מניות דסק"ש. אף המבקש לא טען זאת אלא ציין בצורה עמומה כאילו אפשרות זו "נבחנה".

המשיבים אף ציינו כי דסק"ש הציעה לאחרונה הצעת רכש לרכישת מניות חברת נכסים ובניין, הצעה שלו הייתה מתקבלת הייתה מאפשרת לחברה לעמוד בדרישות חוק הריכוזיות לשנת 2019. נכסים ובניין אף מכרה 11.7% ממניותיה בחברת גב-ים לקרקעות בע"מ על רקע דרישות חוק הריכוזיות. מהלכים אלה - כך נטען - חותרים תחת טענות המבקש.

25. טענה חדשה נוספת של המבקש בבקשה לגילוי מסמכים היא – לגישת המשיבים – הטענה לפיה היה על המשיבים להיערך לרפורמה החל משנת 2016. המבקש טען כי חרף האמור בחרו המשיבים לדון ברפורמה רק "ברגע האחרון" באופן שלא הותיר להם די זמן לבחון חלופות מספקות. המשיבים טענו כי אף טענה זו מהווה הרחבת חזית אסורה שאין לה זכר בבקשת האישור. בקשת האישור התייחסה רק לשאלה האם בוצעו פעולות כלשהן לצורך היכללות במדדים. בבקשת האישור טען המבקש כי דסק"ש "לא עשתה דבר" ולא ביצעה כל פעולה אקטיבית כדי לדאוג לשימור המניה במדדים. הוא לא טען כי ננקטו צעדים – אולם כי צעדים אלה אינם מספקים.

מעבר לכך נטען כי גם את הטענה הזו יש לדחות לגופה. זאת שום שעולה ממנה שהמבקש סבור שלא זו בלבד שהוא יכול להורות לחברה לבצע צעדים פרו-אקטיביים לשימור המניה במדדים, אלא שהוא סבור כי הוא יכול להורות לחברה **מתי** לבצע צעדים אלה. מדובר בטענה מוקשית שכן אין איסור חוקי על רכישת מניות שתביא ליציאת המניה מהמדדים, וקל וחומר שאין חובה לנקוט צעדים שיבטיחו את הישארותה בהם. לכל הפחות חל בהקשר זה כלל שיקול-הדעת העסקי ביחס לאופן בחינת החלופות בנושא והעיתוי של הבחינה הזו.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 המבקש לא הביא ראשית ראיה כי החלופות להן הוא טען היו חלופות ריאליות. אין  
2 גם כל ראיה שאילו החברה הייתה נוקטת באחת מחלופות אלה - הדבר לא היה  
3 מסתבר כשגוי במועד הקובע של הרפורמה.  
4
- 5 המשיבים התייחסו גם למסמכים שהמבקש עתר לגלות לגופם. 26.  
6 **לגבי המסמכים הנוגעים לתכתובות של החברה** – ביחס לתכתובות עם הבורסה,  
7 נטען כי בתשובה לא נזכרו מסמכים אלה, אלא רק צוין כי התבצעו פניות; נטען כי  
8 החברה לא פנתה למשקיעים המוסדיים בעצמה אלא דרך צד שלישי שאינו צד  
9 לבקשה; המבקש לא הצביע על תשתית ראייתית המבססת את חובת החברה לפעול  
10 למען היכללות במדדים חרף הרפורמה, וגם לו הייתה חובה כזו - הוא לא הציג  
11 תשתית השוללת את תחולת כלל שיקול-הדעת העסקי מהחלטת הדירקטוריון.  
12
- 13 המבקש לא הביא גם ראיה לכך שנפל פגם באיסוף המידע לגבי ביצוע הנפקה פרטית,  
14 והוא לא הוכיח את הרלוונטיות של המסמכים המבוקשים. לגישתו המסמכים  
15 נדרשים כדי לבחון את הטענה לפיה המשיבים בחנו ביצוע הנפקה פרטית ואת  
16 הנסיבות ששללו את החלופה הזאת. אולם, פרוטוקול ישיבת הדירקטוריון מיום  
17 26.12.2017 מעלה את ממצאיה של חברת אפסילון ביחס לביצוע הנפקה פרטית,  
18 וממילא ברור כי הבקשה אינה אלא מסע דייג פסול. עוד נטען כי הבקשה עמומה  
19 וכללית וכי היא אינה מתייחסת למסמכים ספציפיים, וגם מטעם זה יש לדחות  
20 אותה.  
21
- 22 **ביחס למסמכים הנוגעים להערכת השווי של הוועדה הבלתי-תלויה** - נטען כי זוהי 27.  
23 בקשה כללית וגורפת, מה עוד שישנם דיווחים לציבור אודות פרטי עסקת  
24 הריכוזיות. המבקש לא הוכיח את הרלוונטיות של כל מסמך ומסמך שהתבקש על-  
25 דיו. מעבר לכך, למעט הערכת השווי עצמה, יתר המסמכים לא נזכרים בתשובה,  
26 ולכן אין מקום לקבל את הבקשה בהסתמך על תקנה 75.  
27
- 28 המשיבים התייחסו להערכת השווי (לגישתם בלית בררה), וטענו כי המבקש הוא זה  
29 שטען בבקשת האישור כי קיימת הערכת שווי שלגביה נטען כי מחיר העסקה התבסס



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

על פרמיה על מחיר המניה כפי שהוא נקבע בהערכת השווי. כדי להדוף טענות אלה  
נאלצו המשיבים להזכיר את הערכת השווי. עובדה זו אינה מקנה למבקש זכות  
אוטומטית להיחשף אליה.

זאת ועוד – הערכת השווי הוזמנה על-ידי ועדה בלתי-תלויה של החברה האם של  
החברה, אי די בי פיתוח, ולא על-ידי דסק"ש עצמה. המבקש לא הבהיר מדוע הוא  
סבור כי המסמכים המבוקשים מצויים בחזקת המשיבים בכלל ודסק"ש בפרט.  
המשיבים הוסיפו כי היוזמה לעסקת הרכיזיות לא הייתה של דסק"ש אלא של  
חברות אחרות אשר אינן צד לבקשה ואינן יכולות לעמוד על זכויותיהן. דברים  
דומים יפים לבקשה הנוגעת למחזיקי האג"ח שהם צדדים שלישיים שעמדתם לא  
התבקשה.

עוד נטען כי המבקש לא הציג תשתית ביחס לעניין האישי שמקורו כביכול בקביעת  
גובה התמורה של עסקת הרכיזיות, ומכל מקום ההחלטות בדירקטוריון התקבלו  
לאחר שהתמורה סוכמה ולכן לא הושפעו ממנה. המשיבים ציינו כי המבקש מנהל  
הליך ייצוגי נוסף שבו נתקפה עסקת הרכיזיות, כאשר בדרישת גילוי המסמכים בה  
הוא הודה כי הוא מתכוון לבקש את אותם המסמכים בהליך דנן. מכאן שהוא סבור  
כי מדובר במסמכים שיכולים לסייע לו בהליך האחר.

28. **בהתייחס למסמכים הנוגעים לעסקאות ההחלף - טענו המשיבים כי בדרישה**  
שהועברה לחברה לא נזכרו חוזי עסקאות ההחלף. המסמכים המדוברים גם לא  
נזכרו בתשובת המשיבים לבקשת האישור, שהתמקדה רק במאפיינים הכלליים של  
עסקאות אלה שהן "עסקאות הפרשים". המשיבים התייחסו אל העסקאות בלי  
בררה – כדי להדוף את טענות המבקש לגביהן.

המבקש אף מודה כי לא המשיבים הם אלה שערכו את העסקאות אלא צדדים  
שלישיים, ולכן המסמכים אינם ברשותה של דסק"ש ובשליטתה. מטעם זה אין  
לקבל את הבקשה הנוגעת לחוזים שערכה אי די בי פיתוח ולהחלטות של אי די בי  
פיתוח ומסמכים שקדמו להן. המבקש אינו בעל מניות באי די בי פיתוח - שאינה צד





## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 להליך זה, ולכן לא ניתן לפגוע בה במסגרת ההליך. אי די בי פיתוח היא חברה  
2 ציבורית שלא החזיקה במועדים הרלוונטיים בכל מניות דסק"ש ושכיהנו בה גם  
3 דירקטורים חיצוניים.

4  
5 אין בבקשת האישור תשתית ראייתית לביסוס הקשר בין העסקאות האמורות לבין  
6 העניין האישי הנטען שהביא את המשיבים שלא להיכלל במדדי הבורסה החדשים  
7 ששונו בעקבות הרפורמה. בקשת המבקש היא כללית וגורפת, והמבקש לא הבהיר  
8 מדוע כל מסמך ומסמך הוא רלוונטי.

9  
10 הרלוונטיות של המסמכים מבוססת על אי-הבנה של המבקש את עסקאות ההחלף:  
11 המבקש טען כי בעל השליטה יכול להיות מושפע משער המניה במועד פתיחת  
12 הפוזיציה, שכן זהו המחיר שבו יקנה את המניה בסגירת הפוזיציה. אולם בבקשת  
13 האישור אין ראיה כי העסקאות נעשו בין אי די בי פיתוח לבין בעל השליטה, ואין  
14 ביסוס לטענה כי בעל השליטה היה זכאי לרכוש את המניות מהצד השלישי בסוף  
15 התקופה. ההיפך הוא הנכון – המבקש טען כי בסוף התקופה הצד שלישי רשאי  
16 למכור את המניות בין אם בבורסה ובין אם לנהנה. מדובר לגישתו במנגנון ליצירת  
17 זכות חוזית ברווחי החברה או הפסדיה. בדיווח לציבור צוין כי זהותו של הצד  
18 השלישי אינה ידועה לחברה. לכן המסמכים אינם רלוונטיים לנטען בבקשת האישור.

19  
20 **29. באשר למסמכים המלמדים על אופן ההיערכות של החברה לרפורמת המדדים –**  
21 נטען כי מדובר בדרישה כללית ועמומה שלא נכללה בפניית המבקש לחברה, וכי  
22 המבקש עתר לקבל פרוטוקולים וסיכומי דיונים מכוח תקנה 75, אך לא ציין איפה  
23 נזכרים מסמכים אלה בתשובות. עוד צוין כי גם טענות המבקש ביחס להיערכות  
24 החברה הן טענות חדשות המרחיבות את חזית המחלוקת, והמבקש לא עמד בתנאי  
25 המחייב אותו להציג תשתית ראייתית ועובדתית מתאימה. מדובר בדרישה עמומה  
26 וכללית וגם מטעם זה יש לדחותה.

27  
28 **30. באשר למסמכים הנוגעים לשיבות הדירקטוריון ומסמכים נוספים בהקשר זה -**  
29 נטען כי מדובר בדרישה כללית ועמומה, וכי המבקש לא הציג תשתית ראייתית



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 ועובדתית מתאימה לגביהם. כן נטען כי מהפרוטוקולים עולה שבדיונים השתתפו  
2 יועציה המשפטיים הפנימיים של החברה ולכן כל דין ודברים עמם חוסה תחת  
3 חיסיון עו"ד-לקוח. ממילא המסמכים המבוקשים אינם רלוונטיים להכרעה בבקשה  
4 שכן מדובר בשורה ארוכה של מסמכים שההסבר ביחס לרלוונטיות שלהם מבוסס  
5 על ניחוש ועל "ירייה באפילה".  
6

7 **באשר למסמכים הנוגעים לפנייה לדולפין אי אל כי תמכור מניות** – נטען כי זוהי  
8 דרישה כללית ועמומה וכי לא הוצגה תשתית ראייתית ועובדתית מתאימה לגביהם.  
9 המסמכים אינם רלוונטיים והמבקש לא ציין מסמכים קונקרטיים, והבהיר כי כלל  
10 אינו יודע אם קיימים מסמכים כאמור.  
11

12 **באשר לתחשיבים והמדגמים שקשורים לחוות-דעת המומחה** - נטען כי התקנה  
13 מאפשרת לקבל רק רשימת אסמכתאות שהמומחה הסתמך עליהם בחוות-דעתו ולא  
14 את כל התחשיבים והבדיקות שלא נכללו בחוות-הדעת הסופית. אין לצד שכנגד זכות  
15 לעיין בניירות העבודה של המומחה. המסמכים והתחשיבים, ככל שקיימים, הוכנו  
16 כהכנה להליכים משפטיים וגם משום כך הם חסויים. הליך גילוי המסמכים אינו  
17 יכול להיות הכנה לעדות המומחה בה יתבקש המומחה לפרט את אופן בחירת  
18 המדגמים. הבקשה בהקשר זה היא מיותרת ומסורבלת ויש לדחות אותה משום כך.  
19

### תשובת המשיבים 2-4

20  
21 **המשיבים 2-4** – שכזכור הם לגישת המבקש בעלי-השליטה - טענו אף הם כי יש  
22 לדחות את הבקשה, וכן כי יש למחוק את ס' 44-87 בה מאחר שהם כוללים הרחבת  
23 חזית אסורה. לגישתם, המבקש לא הצביע על תשתית ראייתית ראשונית הנדרשת  
24 כדי שבקשתו תתקבל. הוא לא הוכיח קיומה של חובה החלה על בעל השליטה למכור  
25 מניות כדי שהחברה תיוותר במדד, בנסיבות בהן היציאה מהמדד היא תולדה של  
26 רפורמה ששינתה את תנאי הסף להיכללות בו.  
27

28 המבקש לא הפריך את חזקת התקינות נושא כלל שיקול-הדעת העסקי לאחר  
29 שדירקטוריון החברה בחן את נושא הרפורמה, שקל את האפשרויות העומדות בפניו



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 וקבע בסופו של דבר פה אחד כי נקיטה בפעולה אקטיבית כדי לכלול את המניה  
2 במדדים איננה לטובת החברה.  
3
34. המבקש אף לא העמיד תשתית ראייתית לטענות נוספות שהוא העלה בדבר ניגוד  
4 העניינים. כך, בין היתר, לא היה למשיבים עניין אישי בהורדת מחיר המניה בשוק  
5 לטובת העסקה בה מכרה אי די בי פיתוח את השליטה בחברה לדולפין אי אל לצורך  
6 עמידה בהוראות חוק הריכוזיות לענין "קיפול שכבה". זאת בין היתר משום שעסקה  
7 זו הושלמה בחודש נובמבר 2017 והמחיר שבו נמכרו המניות סוכם כבר בספטמבר  
8 2017. מנית דסק"ש לא נכללה במדדים החדשים החל מחודש פברואר 2018, ומכאן  
9 שהמבקש טוען שהיציאה מהמדדים נועדה להשפיע על מחיר שנקבע 5 חודשים קודם  
10 לכן. עוד נטען כי ממילא המחיר נקבע על בסיס השווי הכלכלי של דסק"ש כפי שהוא  
11 הוערך על-ידי מעריך שווי חיצוני ובלתי-תלוי, ולא על בסיס מחיר השוק של המניה.  
12  
13
- לא היה למשיבים גם עניין אישי בהורדת המחיר ביחס לעסקאות ההחלף, בין היתר  
14 מאחר שמדובר בעסקאות זניחות שבהן התקשרה אי די בי פיתוח כארבעה חודשים  
15 לאחר המועד שבו מנית החברה לא נכללה במדדים החדשים. מהותן של עסקאות  
16 אלה כ"עסקאות הפרשים" שוללת זיקה לירידת שער המניה עקב אי הכללתה  
17 במדדים החדשים 4 חודשים קודם לכן.  
18  
19
- אין לקבל גם את הטענה לפיה למשיבים יש עניין אישי רק מכוח מבנה האחזקות  
20 הפירמידלי בחברות, שכן אין מדובר ב"זיקה אישית עודפת" שלהם כנדרש בפסיקה.  
21 עוד נטען כי למרות שצורפה לבקשה חוות-דעת מומחה מטעמו של המבקש, היא  
22 נעדרת התייחסות לטענות ניגודי העניינים שהמבקש העלה בבקשתו. מתשובות  
23 המשיבים עולה כי בקשת האישור נעדרת בסיס משפטי ותשתית ראייתית ואין בה  
24 כדי להקים למבקש ולקבוצה עילת תביעה.  
25  
26
35. בעלי-השליטה הוסיפו וטענו כי במסגרת בקשת הגילוי העלה המבקש לראשונה  
27 טענות המהוות הרחבה אסורה של חזית המחלוקת, ובכלל זה טענה הנוגעת לניגוד  
28 העניינים הנוגע לדרישת חוק הריכוזיות לשנת 2019 (בעוד שבבקשת האישור הוא  
29



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 התייחס לניסיונות דסק"ש להתמודד עם הוראות חוק הריכוזיות בנוגע לדרישת  
2 ; טענה לפיה שעבוד מניות דסק"ש במסגרת עסקת הריכוזיות הביאה  
3 לאדישות של בעל השליטה ביחס לשווי השוק שלהן באופן היוצר לו עניין אישי גם  
4 לאחר השלמת עסקת הריכוזיות (בעוד שבבקשת האישור הוא התייחס למוטיבציה  
5 להוריד את שער המניה לפני השלמת עסקת מכר דסק"ש); ובבקשת הגילוי נטען  
6 לראשונה כי למשיבים הייתה חובה להיערך לקיום דיון ברפורמה במדדים כבר  
7 בשנת 2016 (בעוד שבבקשת האישור נטען כי החברה לא ביצעה כל פעולה אקטיבית  
8 ולא קיימה כלל דיונים בנושא זה).

9

10 בעלי-השליטה הדגישו כי דרך המלך להעלאת טענות חדשות שלא נזכרו בבקשתה  
11 אישור היא הגשת בקשה לתיקון בקשת האישור תוך עמידה בתנאים הנדרשים  
12 בהקשר זה. דברים אלה נכונים מכוח קל וחומר כאשר העובדות שבבסיס הטענות  
13 המהוות הרחבת חזית היו ידועות למבקש עוד לפני הגשת בקשת האישור. עוד נטען  
14 כי אין לקבל את עמדת המבקש לפיה כדי לבחון את השאלה האם הוא העמיד  
15 תשתית ראייתית ראשונית, יש לבחון רק את בקשת האישור ולא את התשובות של  
16 המשיבים לה. קבלת עמדת המבקש תביא לתוצאה אבסורדית לפיה למשל על בית-  
17 המשפט להתעלם מטענה הנוגעת לתחולתו של כלל שיקול-הדעת העסקי המבוססת  
18 על פרוטוקולים המתעדים החלטה שקיבל דירקטוריון החברה – למרות שהמבקש  
19 עצמו מסתמך על הפרוטוקולים הללו לביסוס טענותיו שלו. בעלי-השליטה הדגישו  
20 כי המבקש ממילא לא הציג תשתית ראייתית לביסוסן של הטענות מרחיבות החזית  
21 שהוא העלה.

22

23 36. בעלי-השליטה הוסיפו וציינו כי בקשת המבקש אף אינה עומדת בדרישותיהן של  
24 תקנות 75 ו-114 לתקנות סדר הדין האזרחי. זאת מאחר שהמסמכים שאליהם מפנה  
25 המבקש לא נזכרו (הם עצמם) בתשובות המשיבים. אין די בכך שבתשובות נזכר  
26 אירוע מסוים כדי לחייב הצגה של מסמך המתייחס אליו או מתעד אותו. בהקשר זה  
27 נטען כי בתשובתם של בעלי-השליטה אין אזכור של מסמכים הנוגעים לתכתובת עם  
28 הבורסה או לתכתובת של החברה עם המשקיעים המוסדיים. כן אין אזכור להערכת  
29 שווי של גובה התמורה בעסקת הריכוזיות. המסמך אכן נזכר בתשובת החברה, אך



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

זאת רק לצורך מענה לטענתו השגויה של המבקש שהפנה לחוות-דעת שגויה. התשובה אינה מזכירה פרוטוקולים של דיונים שהתקיימו בהנהלת החברה ביחס לרפורמה במדדים, ואין גם אזכור מפורש לחוזי ההחלף על מניות דסק"ש. השימוש במונח "עסקאות החלף" בתשובות הוא הכרחי לצורך מענה לטענות המבקש, אולם בעלי-השליטה לא התייחסו בתשובתם באופן מפורש למסמך חוזי בהקשר זה.

37. עוד נטען כי חלק מהמסמכים שכביכול נזכרו בתשובות, הם מסמכים שבפועל אינם קיימים. מסמכים אחרים הם פועל יוצא של העובדה כי הם נזכרו בבקשת האישור ולכן היה על המשיבים להתייחס אליהם. אין די באזכור שגוי בבקשת אישור של מסמך שנועד לחייב התייחסות אליו במסגרת התשובה, כדי להצדיק את המסקנה לפיה על המשיב לגלות את תוכנו למבקש. גם בעלי-השליטה טענו כי יש לפרש את תקנה 75 בהתייחס לבקשות לאישור תביעות ייצוגיות בשינויים המחויבים, ובכלל זה יש להתנות את קיומה בהוכחת תשתית ראייתית ראשונית.

בעלי-השליטה טענו כי בקשת הגילוי אף אינה עומדת בתנאי דרישות תקנה 134א לתקסד"א. חוות-דעת המומחה שצורפה לתשובות היא חוות-דעת מלאה ומפורטת, היא מבוססת על נתונים פומביים ולא נדרש לה כל הסבר נוסף.

38. לגישת בעלי-השליטה, בקשת הגילוי אינה עומדת בדרישות הדין לגילוי מסמכים בבקשה לאישור תובענה ייצוגית – כאשר הפסיקה קבעה כי היקף הגילוי בבקשות כאלה הוא מצומצם יחסית להליכים אזרחיים רגילים. הפסיקה אף קבעה לא אחת כי אין לאפשר למבקש במסגרת בקשת הגילוי לצאת ל"מסע דייג" פסול של מסמכים. במקרה דנן משתרעת רשימת המסמכים שהמבקש עתר לגילויים על מספר עמודים, והיא כוללת סעיפים ותת סעיפים. אין מדובר בבקשה לגילוי מסמכים ספציפיים אלא בפועל זוהי בקשה לגילוי מסמכים כללי. המבקש לא ביסס את טענותיו על מסד משפטי, שכן לאור פסק הדין בת.צ. (כלכלית) 35879-05-14 זולטי נ' קבוצת דלק בע"מ (20.2.2017), אין חובה לפעול להכללת מניית דסק"ש במדדי הבורסה, ואין גם בסיס לטיעון הנוגע להפרת חובת הזהירות וניגודי העניינים.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

39. בעלי-השליטה התייחסו לדוגמה לטענת המבקש לפיה התמורה לעסקת מכר דסק"ש בנובמבר 2017 ששולמה בעיקרה באמצעות הלוואת מוכרת, חושבה על יסוד פרמיה על מחיר המניה בבורסה. בעלי-השליטה טענו כי מדובר בטענה שגויה, כאשר המבקש הסתמך על הערכת שווי לא נכונה אותה הוא צירף (הערכת שווי שנעשתה להערכת התמורות במסגרת העסקה ואשר אינה נוגעת להערכת שווי מניות דסק"ש לטובת העסקה). בעלי-השליטה עיגנו את טענתם בהקשר זה בתצהיר שתמך בתשובה וכן בדיווחים פומביים שניתנו בהקשר זה, מהם עולה כי המבקש שגה וכי מחיר מנית דסק"ש נקבע כבר בחודש ספטמבר 2017 – 5 חודשים לפני שהמניה יצאה מהמדדים, ועל בסיס הערכת שווי של מעריך שווי חיצוני ולא על בסיס מחיר השוק.

עוד נטען – ביחס למסמכים הנוגעים לעסקת הרכיזיות – כי המסמכים שהמבקש עתר שיגולו לו (מסמכי המו"מ בין אי די בי פיתוח לבין מחזיקי האג"ח וכל מסמך הקשור בקביעת התמורה בעסקה לרבות פרוטוקולים, תרשומות והתכתבות בין הצדדים למו"מ) – אינם רלוונטיים. זאת משום שהמבקש לא הניח כל תשתית ראייתית לטענה בדבר ניגוד העניינים. העלאת טענה חסרת כל בסיס לניגוד עניינים אינה מצדיקה מסקנה לפיה המסמכים הם רלוונטיים. בעלי-השליטה אף ציינו כי חלק ניכר מהמסמכים שהתבקשו חוסים תחת חסיונות שונים לרבות חיסיון עו"ד – לקוח, חיסיון בנקאי ועוד.

### התגובה לתשובות בבקשה לגילוי מסמכים

40. המבקש הגיב לתשובות המשיבים. הוא טען כי יש לדחות את עמדתם הפרשנית של המשיבים לגבי היחס בין תקנה 75 לתקנות סדר הדין האזרחי לבין תקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות. לגישתו, עצם האזכור של מסמכים מצדיק את גילויים מכוח תקנה 75 וזאת ללא קשר לתנאי תקנה 4 הנ"ל. המבקש עתר שבית-המשפט ידחה את עמדת המשיבים לפיה גישתו מביאה לתוצאה בלתי רצויה. לטענתו, תכלית הוראת תקנות 75, 114 ו-134א היא לאפשר לבעל-דין להגיב לטענות של בעל-הדין שכנגד בקשר למסמכים שזכרים בתשובתו. אי-גילוי מסמכים כאלה מסכל את חקר האמת, ומונע מבית-המשפט את הכלים לבחון את הטענות העובדתיות שהעלה בעל-הדין ואת המסמכים להם הוא טוען.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1

2 לשיטת המבקש, דברים אלה יפים מכוח קל וחומר בהליך ייצוגי שבו ישנם מטבע  
3 הדברים פערי כוחות בין הצדדים. מתן אפשרות לנתבע להימנע מגילוי מסמכים  
4 שהוא הסתמך עליהם בתשובתו, מגדיל את הפערים הללו ומקצין אותם. גם הטענה  
5 הנוגעת לשינוי זכויות בעלי-מניות נדונה לדחייה, שכן תקנות סדר-הדין האזרחי  
6 נועדו להסדיר חשיפה של מסמכים בתוך גדרי ההליך ללא קשר למערכת היחסים  
7 בין הצדדים מחוץ לכותלי בית-המשפט.

8

9 לכן טען המבקש כי יש להיעתר לבקשתו המבוססת על תקנות 75, 114 ו-134א  
10 לתקנות. בכלל זה יש להורות על גילוי הפניות לבורסה ולמשקיעים המוסדיים  
11 שנזכרו בתשובת החברה ובתשובת בעלי-השליטה. בהקשר זה צוין כי הטענה לפיה  
12 כלל הפניות היו בעל-פה איננה סבירה. אף אם הפניות היו בעל-פה, חשיבות העניין  
13 מחייבת כי הפונה היה מעלה את הדברים על הכתב. תקנה 75 חלה על כל מסמך שיש  
14 לנתבע – בין הוא עצמו יצר אותו ובין אם הגיע לידי. **ביחס להערכת השווי** – היא  
15 נזכרה בס' 46 לתגובת החברה ובתגובת בעלי-השליטה. לכן יש לאפשר למבקש לעיין  
16 במסמך זה כדי להתייחס אליו ולסתור את טענות המשיבים.

17

18 **ביחס לפרוטוקול סיכום דיוני הנהלת החברה בקשר לרפורמה במדדים** – נטען כי  
19 מדובר במסמך שנזכר בתשובת החברה (ס' 69 בה). כאשר בעל-דין מציין כי הוא  
20 ביצע פעולה שמעצם טיבה קיימים לגביה תיעוד או פרוטוקול, די באזכור הפעולה  
21 כדי להצדיק את גילוי המסמך.

22

23 **בהתייחס לחוזי עסקאות החלף** - המבקש טען כי המשיבים הזכירו אותן לכל אורך  
24 התשובה שלהם. לגישתו הם ניתחו את העסקאות הללו, עמדו על המאפיינים שלהן  
25 וציינו את הטעמים לעריכתן. למרות זאת הם לא צירפו את חוזי העסקה, הגם  
26 שברור כי מדובר בעסקה שנעשית באמצעות חוזה. המבקש ציין כי המשיבים לא  
27 התייחסו לעסקאות החלף באופן כללי אלא לעסקאות הקונקרטיות נושא הבקשה.

28



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

42. בהתייחס להוראות תקנה 134א - נטען כי המשיבים אינם כופרים בחובתם למסור  
מסמכים שהיוו את התשתית העובדתית לחוות-הדעת, אלא שבעלי-השליטה טענו  
שחוות-הדעת התבססה רק על מסמכים פומביים (שלא פורטו). המבקש טען כי עיון  
בחוות-הדעת מעורר ספקות ביחס לכך, אולם ככל שזוהי טענת המשיבים – הוא אינו  
עומד על טענותיו בהקשר זה.
43. המבקש הבהיר כי הוא עמד בנטל הנדרש והוכיח תשתית ראייתית ראשונית.  
לגישתו, בקשר לטענה הנוגעת להפרת חובת האמונים, הוא הוכיח כי בעל השליטה  
בחברה נהנה מהתוצאות של "דיכוי" המחיר של מניית דסק"ש על-ידי אי-נקיטת  
צעדים להכללתה במדד. הוא הוכיח כי הוא נהנה מכך פעמיים – ראשית, מאחר שאי  
נקיטת הצעדים השפיעה על שער המניה במועד קודם למועד הקובע, כשנקבע רכיב  
התמורה בעסקת הריכוזיות בה רכש בעל השליטה את מניות דסק"ש מאי די בי  
פיתוח לחברה פרטית בבעלותו; ושנית, מאחר שדיכוי מחיר המניה סלל בפניו את  
הדרך להגדיל את אחזקותיו במניות דסק"ש בעלות נמוכה.
- מכאן שבעל השליטה נהנה בפועל מאי-ההיערכות ליציאה מהמדדים, כאשר תקופת  
ההיערכות לרפורמת המדדים חופפת לתקופה בה ביצע בעל השליטה את עסקת  
הריכוזיות. די בכך כדי להצדיק הפעלה של רף ביקורת מוגבר.
44. בקשר להפרת חובת הזהירות, נטען כי הרפורמה פורסמה עוד בשנת 2016 והחברה  
לא נקטה בכל צעד כדי לבחון את האפשרות של שימור המניה במדדים. אם נקטה  
בצעדים או החליטה שלא לעשות כן, היא לא עדכנה את בעלי-המניות ביחס לכך.  
הפרת חובת הזהירות של נושאי המשרה נובעת גם מכך שהם לא הצביעו על העניין  
האישי של בעל השליטה בהחלטה.
45. המבקש טען כי עמדתו מקבלת חיזוק מטענות המשיבים. מפרוטוקול דירקטוריון  
החברה שהוגש על-ידיהם, עולה כי בעלי-השליטה שקלו לנצל את המחיר הנמוך של  
המנייה כדי להשלים מהלך של רכש כולל של המניות לצורך עמידה בהוראות חוק  
הריכוזיות. מכאן שבעל השליטה היה מודע לטובת ההנאה שצמחה לו מדיכוי מחיר





## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 המנייה. המשיבים אף חשפו כי השיקול הזר היה ידוע לכלל חברי הדירקטוריון, שכן  
2 בעל השליטה חשף אותו.

3  
4 46. המבקש התייחס לטענת המשיבים לגבי הרחבת חזית המחלוקת. לגישתו, המשיבים  
5 אינם יכולים להעלות טענה כזו כאשר "הרחבת החזית" הנטענת מקורה במסקנה  
6 משפטית הנובעת מטענתם שלהם. אף אם המידע בפרוטוקול דירקטוריון החברה  
7 לא היה תומך במישרין בטענות המבקש, מובן כי המבקש היה רשאי להתייחס  
8 למשמעות הטענות העולות מתשובות המשיבים לבקשת האישור. בכלל זה היה  
9 המבקש רשאי להתייחס לדברים שנאמרו בפרוטוקולים שצירפו המשיבים לתשובה  
10 ולאמור בהם – התומך לגישתו בעמדתו שלו.

11  
12 המבקש התייחס לטענתו לפיה הדירקטוריון דן לראשונה בהשפעת הרפורמה רק 11  
13 ימים לפני המועד הקובע. לגישתו, טענה זו עולה מכתבי התשובה. המשיבים הודו  
14 כי קודם לכן לא התקיים כל דיון ברפורמה וכי לא התקבלה החלטה מיוחדת באשר  
15 לדרך ההתנהלות נוכח הרפורמה. עמדת המשיבים היא כי די היה בתקופה של 11  
16 יום כדי להיערך לכניסת הרפורמה לתוקף, וכי אין לזקוף לחובתם את התקופה  
17 מיום ההכרזה על הרפורמה ועד הדיון הראשון אודותיה בדירקטוריון.

18  
19 באופן דומה גם הטענה לפיה בעל השליטה מנוע מלמכור את מניותיו לתקופה של  
20 חמש שנים לאחר עסקת הרכיזיות היא טענה שעלתה בתשובת המשיבים. טענות  
21 אלה הן חלק בלתי-נפרד מהטענה לפיה הדירקטוריון לא קיים כל הליך מיוחד ותקין  
22 לגבי שימור המניה במדדים, ולכן אין מדובר בטענות החורגות מחזית המחלוקת כפי  
23 שהיא עוצבה בבקשת האישור.

24  
25 הבחירה של המשיבים להגיש תצהיר ממנו עולות טענות עובדתיות אלה, הופכת את  
26 הטענות לחלק מחזית המחלוקת. המבקש זכאי לטעון כי טענות עובדתיות של  
27 המשיבים בתשובות מחזקות את עילות התביעה להן הוא טען בבקשת האישור.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

47. באשר לבעלי-השליטה - נטען כי הם לא העלו טענות ביחס לרלוונטיות של המסמכים המבוקשים. לכן אם תתקבל טענת המבקש לגבי קיומה של תשתית ראייתית ראשונית, יהיה על בית-המשפט להיעתר לבקשה במלואה. בעלי-השליטה טענו כי רשימת המסמכים לה עתר המבקש נוסחה בצורה כוללת. אולם המבקש טען כי מדובר ברשימה ממוקדת של מסמכים הנדרשים כדי להכריע בטענות הצדדים בבקשת האישור. המבקש הוסיף כי אין ספק שבידי בעלי-השליטה מצויים מסמכים שיתר המשיבים טענו שאינם קיימים בידיהם כדוגמת חווי ההחלף.
48. באשר למשיבים האחרים - התייחס המבקש באופן ספציפי לטענותיהם לגבי המסמכים השונים שהתבקשו על-ידי, תוך שהבהיר מדוע יש להורות על הגילוי שלהם.
48. **פניות החברה לגופים המוסדיים לצורך בחינת ביצוע הנפקה פרטית** – המשיבים טענו כי יש לדחות את הבקשה מאחר שממצאה של אפסילון דווחו לדירקטוריון החברה, ולכן אין לאפשר למבקש לעיין במסמכים עצמם. לגישת המבקש – העובדה שהדירקטוריון דן בנושא רק 11 יום לפני כניסת הרפורמה לתוקף מהווה כשלעצמה הפרה של חובת הזהירות. במילים אחרות – יש לראות את התקופה שקדמה לכך, תקופה של שנה וחצי, כתקופה בה כאילו קיבל הדירקטוריון החלטה לא-מיועדת שלא לנקוט כל צעד ביחס לרפורמה.
- כדי לבחון את הנושא, יש להידרש לשאלה מה עשתה החברה בתקופת 11 הימים, והאם היא נקטה צעדים רציניים אם לאו. לשיטתו של המבקש - אף אם יוכח שהדירקטוריון פעל בתקופה זו במלוא המרץ, לא יהיה בכך כדי להכשיר את מחדלו ביתרת התקופה. יחד עם זאת, לאור המשקל שנתנו המשיבים לתקופה זו ולצעדים שלכאורה ננקטו בה - יש לאפשר בחינתם של צעדים אלה.
49. **הערכת שווי מניות דסק"ש** – ההערכה היא מסמך שיש לגלותו מכוח תקנה 75. מדובר במסמכים שהכרחיים לבחינת טענת המשיבים לפיה מחיר עסקת הריכוזיות



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 לא הושפע כלל ממחיר מניית דסק"ש בבורסה, והקשר בין המחיר לבין היכללות  
2 המניה במדדי הבורסה.

3  
4 המשיבים לא כפרו בכך שהמסמכים בידיהם, אך טענו כי מדובר במסמכים בהם  
5 נזכרים צדדים שלישיים. אולם המשיבים לא העלו כל טענת חיסיון או פגיעה  
6 בפרטיות של צד שלישי כזה או אחר. העובדה שצד שלישי נזכר במסמך אינה מקימה  
7 חיסיון כשלעצמה. מרבית המשיבים הם נושאי משרה באי די בי פיתוח, וממילא  
8 בית-המשפט רשאי להורות על גילוי מסמכים באמצעותם.

9  
10 מר אדלשטיין, בעל-השליטה, הוא המחזיק בנכסיה של כל שרשרת החברות, מנהל  
11 את כל השרשרת וחשוף למסמכים של כל החברות בה – והוא אינו יכול להימנע  
12 מגילוי מסמכים הקשורים לאינטרסים בקבוצת החברות.

13  
14 **מסמכי עסקאות ההחלף** – המשיבים אינם כופרים ברלוונטיות של המסמכים אלא  
15 טוענים שהרלוונטיות הנטענת מבוססת על אי-הבנה שלהן של ידי המבקש. המבקש  
16 זכאי לבחון את המסמכים חרף הטענה לפיה הוא לא הבין את העסקאות.

17  
18 **היערכות הנהלת החברה והדירקטוריון לרפורמה במדדים** – מדובר במסמכי הליבה  
19 של ההליך, הדרושים כדי לבחון את טענת המשיבים לפיה ב-11 הימים האחרונים  
20 לפני שהרפורמה נכנסה לתוקף, הם פעלו באופן מקיף כדי לבחון את אפשרות שימור  
21 מניית החברה במדדים.

22  
23 סעיף 90ד(12) הוא רשימה מדויקת של מסמכים שניתן להניח שקיימים בקשר  
24 לשיבות דירקטוריון החברה. סעיף 90ד(11) עוסק בהנהלת החברה. המבקש אינו  
25 יודע אילו מסמכים הפיקה ההנהלה במסגרת ההיערכות לרפורמה והאם הם  
26 נושאים את הכותרת פרוטוקול, סיכום ישיבה או כל כותרת אחרת. ביחס לסעיף  
27 90ד(3) – מדובר בבקשה ממוקדת של הפניות לבעל השליטה להפצת המניות, נוכח  
28 עמדת הדירקטוריון שמדובר באחת הדרכים שבהן ניתן לנקוט כדי לשמר את  
29 המנייה במדדים.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

### דיון

52.

מספר עניינים טעונים הכרעה במסגרת הבקשה הנוכחית. ראשית יש לבחון האם המבקש אכן הוכיח קיומה של תשתית ראייתית ראשונית שדי בה לצורך בקשה לגילוי מסמכים, וזאת לפחות ככל שהדבר נוגע לאותם מסמכים שלא נזכרו בתשובות המשיבים לבקשת האישור (כאשר בין הצדדים ישנה גם מחלוקת אודות השאלה מהם המסמכים שיש לראותם ככאלה שנזכרו בתשובות).

כן יש מקום להתייחס למחלוקות בין הצדדים ביחס לקשר בין תקנות 75, 114 ו-134א (שהמבקש חזר בו בסופו של דבר מטענותיו מכוחה) לתקנות סדר-הדין האזרחי, לבין תקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות. כך, השאלה היא האם ככל שהדבר נוגע למסמכים שנזכרו בכתבי הטענות של המשיבים (שהמבקש זכאי לכאורה לעיין בהם מכוח תקנה 75 לתקנות סדר הדין האזרחי), חלים התנאים נושא תקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות, ובכלל זה התנאי הנוגע לקיומה של תשתית ראייתית מתאימה לבקשת האישור.

מעבר לכל אלה, הרי גם כאשר מבקש האישור עומד בדרישה להעמדת תשתית ראייתית ראשונית, יש להוסיף לבחון את השאלה מה צריך להיות היקף הגילוי. לכן, אם ייקבע שהמבקש עמד בנטל להוכיח תשתית ראייתית המצדיקה גילוי מסמכים, יהיה מקום לבחון את כל המסמכים שהוא ביקש לחשוף, ולקבוע אילו מהם הם רלוונטיים לדיון בבקשת האישור באופן המצדיק – לאור מכלול השיקולים והנסיבות - היעדרות לבקשתו ביחס אליהם.

כל הנושאים הללו ייבחנו להלן. נתחיל בבירור השאלה אודות קיומה של התשתית הראייתית הראשונית, שכן הדיון בה עשוי ליתר בחלקו את שאלת היחס בין דרישה זו לבין הוראות תקנות 75 ו-114 לתקנות סדר הדין האזרחי.

**איך יש לבחון את קיומה של תשתית ראייתית ראשונית בבקשה לגילוי מסמכים?**



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

53. אחד התנאים לכך שבית-המשפט ייעתר לבקשה לגילוי מסמכים במסגרת בקשה  
לאישור תביעה ייצוגית הוא התנאי של קיומה של "תשתית ראייתית ראשונית".  
בהתייחס לתנאי זה נפסק כי מדובר בדרישה המצויה ב"רף הנמוך". היא גבוהה  
אמנם מהדרישה להוכיח כי לא מדובר בתביעה שיש לסלק אותה על הסף, אולם  
נמוכה מזו הנדרשת לצורך אישור התובענה הייצוגית.
- הגם שהרף בדרישה זו הוא נמוך, הבהירה הפסיקה כי קיימת עדיין משוכה שעל  
התובע לצלוח אותה. למשוכה זו יש חשיבות מיוחדת במסגרת בקשות לאישור  
תביעות ייצוגיות לנוכח החשש מפני תביעות סרק. בית-המשפט ציין כי ככלל המונח  
"תשתית ראייתית ראשונית" הוא מונח עמום וחמקמק, שבית-המשפט נדרש ליצוק  
בו תוכן בכל מקרה ומקרה (ראו והשוו רע"א 4725/16 **שמואל בוקסר נ' גדעון  
לנגהולץ**, בפסקה 20 (26.10.2016)(להלן: "**עניין בוקסר**"); וגם א' קלמנט ור' רונן  
בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית - עיוני משפט, כרך  
מ"ב).
54. הנטל להצגת תשתית ראייתית ראשונית מוטל על התובע, והוא נבחן קודם כל על-  
סמך האמור בבקשת האישור והמסמכים המצורפים אליה. במסגרת הדיון בקיומה  
של תשתית ראייתית ראשונית, בית-המשפט רשאי לבחון גם את טענותיהם של  
המשיבים בכתבי התשובה לבקשת האישור. יחד עם זאת, הדיון בבקשה לגילוי  
מסמכים איננו יכול ואיננו צריך להיות דיון מעמיק בכל אחת ואחת מטענות הצדדים  
ביחס לעילות התביעה שהעלה המבקש. כך, וכפי שקבעתי בעבר, "**בית-המשפט אינו  
צריך להידרש לבחינת מלוא טענות ההגנה האפשריות שהועלו במסגרת התשובה  
לבקשת האישור והוא אינו נדרש להכריע בכל אחת ואחת מהן**" (ת. צ. (מחוזי ת"א)  
7198-09-12 א. ידע פיננסים בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך, בפסקה 13  
(27.5.2013)). די בבחינה כוללת של טענות הצדדים ביחס למחלוקות העיקריות  
ביניהם כדי לקבוע האם המבקש עמד בנטל הראשוני שהוטל עליו.
55. מסקנה אחרת, לפיה על בית-המשפט להתעמק במכלול טענות המשיבים בכתבי  
התשובה כדי לבחון האם המבקש הוכיח קיומה של תשתית ראייתית ראשונית -



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 תביא לתוצאה לפיה יהיה על בית-המשפט לבחון את טענות הצדדים בצורה  
2 מעמיקה שלוש פעמים (לפחות בחלק מהמקרים). הפעם הראשונה תהיה במסגרת  
3 הברור לצורך הבקשה לגילוי מסמכים (שאז בית-המשפט יבחן את הטענות בהתאם  
4 לנטל נמוך מאוד); הפעם השנייה תהיה במסגרת הדיון בבקשת האישור (שאז בית-  
5 המשפט יבחן את הטענות בהתאם לנטל גבוה יותר, אך נמוך מזה שחל על תובע  
6 בתביעה לגופה); והפעם השלישית תהיה במסגרת הדיון בתביעה לגופה (באותם  
7 מקרים בהם בקשת האישור התקבלה).

8  
9 מסקנה כזו היא כמובן לא רצויה. מעבר לעומס שהיא מטילה על בית-המשפט, היא  
10 מאפשרת למשיבים-הנתבעים להעלות את טענות ההגנה שלהם ולהביא לבחינתם  
11 מספר פעמים, בלא שהם "משלמים" מחיר על כך. זאת מאחר שגם אם בית-המשפט  
12 דוחה את טענות המשיבים לפיהן המבקש לא הרים את הנטל הראשוני המוטל עליו,  
13 הם יוכלו לחזור ולהעלות טענות אלה במסגרת הדיון בבקשת האישור לגופה (בה  
14 הנטל הוא גבוה יותר). אם לעומת זאת מקבל בית-המשפט את טענות המשיבים  
15 במסגרת הדיון בבקשה לגילוי מסמכים, הדבר מסייע להם כמובן בדיון בבקשת  
16 האישור לגופה בה נטל הראיה המוטל על המבקש הוא גבוה יותר.

17

18 56. לכן, לצורך הכרעה בבקשה לגילוי מסמכים לא נדרשת הכרעה מעמיקה ומפורטת  
19 בכל טענות הצדדים ובכל המחלוקות ביניהם לגופן. פירטתי לעיל את מכלול  
20 הנושאים שהעלו הצדדים במסגרת בקשת הגילוי, כאשר מהפירוט הזה עולה כי בין  
21 הצדדים במקרה דנן קיימות מחלוקות ו"תת-מחלוקות" רבות ומורכבות ביחס  
22 לנושאים עובדתיים ומשפטיים רבים. כאמור, אינני סבורה כי בית-המשפט צריך  
23 לקיים כבר בשלב זה דיון מעמיק בכל הנושאים הללו, ולקבוע – ביחס לכל אחד  
24 ואחד מהם – האם המבקש עמד בנטל הראשוני ה"נמוך" הנדרש בשלב זה של הדיון.  
25 הדיון בטענות הצדדים ייערך בשלב הבא, שלב הדיון בבקשת האישור לגופה.

26  
27 בכלל זה ולשם הדוגמה, יידונו בשלב הבא המחלוקות בין הצדדים אודות השאלה  
28 האם הערכת השווי שצריך המבקש לבקשתו היא שגויה (כפי שטענו המשיבים) אם  
29 לאו; איך נקבע מחיר מניית דסק"ש ומהי אם בכלל ההשלכה של מחיר השוק על



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

- 1 הקביעה הזאת וכד'. שאלות אלה ואחרות אינן שאלות שיש מקום לקיים בהן דיון  
2 מקיף ומלא כבר בשלב הזה של הדיון בבקשה לגילוי מסמכים.  
3
- 4 57. הדיון בשאלת קיומה של תשתית ראשונית לצורך בקשה לגילוי מסמכים, נועד כדי  
5 לברר האם בקשת האישור על נספחיה מעלה שאלות רציניות שאינן מבוטלות  
6 וטענות משמעותיות שדי בהן כדי להצדיק את גילוי המסמכים – וזאת לאור טענות  
7 המשיבים בתשובותיהם שבית-המשפט איננו מתעלם מהן (אך אינו דן בכל אחת  
8 ואחת מהן באופן מלא). כזכור, גם אם בקשת הגילוי מתקבלת, על בית-המשפט  
9 להוסיף ולקבוע מהם המסמכים שיש להורות על הגילוי שלהם – כאשר החלטה  
10 לפיה מבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית ולכן זכאי באופן עקרוני לגילוי  
11 מסמכים, אין פירושה בהכרח כי הוא זכאי לכל המסמכים שהתבקשו על-ידיו.  
12
- 13 לאור האמור נבחן את השאלה האם הוכיח המבקש את התשתית הראשונית  
14 הנדרשת לצורך עמידה בתנאי תקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות.  
15
- 16 האם הוכחה תשתית ראייתית ראשונית?
- 17 58. שאלת חובותיהם של בעלי שליטה בחברה ביחס להימצאותה של מניית החברה  
18 במדדים או אפשרות היציאה מהם, נדונה על-ידי בת.צ. (כלכלית) 14-05-35879  
19 זולטי נ' קבוצת דלק בע"מ (20.2.2017, להלן: "עניין זולטי"). בעניין זולטי נבחנה  
20 שאלה שונה מזו אותה העלה המבקש בבקשת האישור – שאלה הנוגעת לאיסור על  
21 בעל-מניות שליטה בחברה ציבורית שמניותיה נסחרות במדדים, לבצע פעולות של  
22 רכישת מניות בחברה שעלולות להביא לכך שהמניה לא תיסחר עוד במדדים. באותו  
23 עניין נקבע כי "רק פעולה מכוונת שנועדה לפגוע במחיר המניה לצרכיו של בעל-  
24 השליטה היא פעולה אסורה".  
25
- 26 המשיבים טענו כאמור כי יש לדחות את בקשת המבקש לאור הקביעה הזו בעניין  
27 זולטי שחלה מכוח קל-וחומר על עובדות המקרה דנן. זאת מאחר שבאותו עניין נקבע  
28 כי אין חובה לפעול להכללת מניות במדדי הבורסה. לטענתם – ודאי שאין חובה



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

לעשות כן במקרה דנן, כאשר מדובר ברפורמה שכתוצאה ממנה יצאו המניות  
מהמדד.

ואולם - בעניין זולטי הודגש כי "השאלה שבה אנו דנים עשויה להיות שונה  
מהשאלה האם חלה חובה על בעל שליטה לפעול באופן אקטיבי כדי למנוע יציאה  
של מניות החברה מהמדדים (שאלה שאלה לא אתייחס במסגרת ההחלטה  
הנוכחית)". כלומר - בעניין זולטי לא נדונה באופן ישיר השאלה נושא בקשת  
האישור דנן, שאלת החובות המוטלות על בעלי-השליטה (ולגישת המבקש גם על  
נושאי המשרה בחברה) לפעול באופן אקטיבי כדי למנוע יציאה של המניה מהמדדים  
(או לפחות - כפי שנטען בין היתר בתגובה לתשובה, לבחון בצורה מעמיקה האם  
ובאיזה אופן יכולה החברה לפעול בהקשר זה).

59. פסק דין נוסף שבו נדונה שאלה דומה לשאלה נושא בקשת האישור הוא פסק-דין  
בת"צ (כלכלית) 7477-10-11 **קבוצת התובעים באמצעות התובע הייצוגי דב  
גולדשטיין נ' פינרוס החזקות בע"מ** (24.02.2016) (ור' גם את ההחלטה בבקשת  
האישור באותו עניין, ת.א. (כלכלית) 7477-10-11 **גולדשטיין נ' פינרוס** (18.3.2013),  
להלן: "**ענין פינרוס**"). באותו עניין נדונה בין היתר השאלה הנוגעת לפעולות או  
מחדלים של בעל-שליטה בחברה שיש בהם כדי להביא לכך שהחברה בשליטתו  
תיכנס לרשימת השימור. גם שאלה זו שונה מהשאלה דנן, בין היתר לאור ההשלכות  
מרחיקות הלכת שיש לכניסת החברה לרשימת השימור.

בהחלטה בבקשת האישור בעניין **פינרוס** קבעתי בין היתר כי "**מאחר שלא היתה  
במקרה דנן זהות אינטרסים בין בעלי-השליטה לבין בעלי-מניות המיעוט בחברה,  
הרי שהפעולות והמחדלים של המשיבים ביחס לכניסת המניות לרשימת-השימור  
שנועדו להיטיב עם בעלי-השליטה לקראת הצעות הרכש, אינם יכולים ליהנות  
מ'כלל שיקול-הדעת העסקי'**" (ר' ס' 76 להחלטת האישור). כן נקבע שם כי  
"**הדירקטורים חבו בחובת זהירות כלפי בעלי-המניות, חובה שמכוחה היה עליהם  
לפעול באופן סביר כדי למנוע את הנזק שעלול להיגרם מהמעבר של המניות למסחר  
ברשימת השימור. הסיבה לכך היא משום שמעבר של מניות החברה למסחר**





## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

ברשימת השימור פוגע בשווי המניות – הן לאור הפגיעה בסחרות והן לאור החשש מפני מחיקת המניות ממסחר בבורסה".

אכן – וכפי שהבהרתי, נסיבות המקרה דנן הן שונות מאלה שנדונו בעניין פינרוס. במקרה דנן יש לבחון לכן האם די בבקשת האישור על נספחיה כדי לאפשר קביעה לפיה המבקש עמד בנטל המוטל עליו בשלב זה והוכיח תשתית ראייתית ראשונית לבקשתו. כפי שעולה מהפירוט שלעיל, המבקש העלה טענות בשני מישורים עיקריים: המישור הראשון נוגע להפרה הנטענת של חובות האמון והשני – להפרת חובת הזהירות.

טענותיו של המבקש ביחס לשני המישורים הללו ייבחנו להלן.

### הטענה להפרת חובת האמון –

60. המבקש העלה כזכור טענה ביחס להפרת חובת האמון על-ידי המשיבים. טענה זו נוגעת לניגודי עניינים נטענים של בעלי-השליטה בחברה, הנובעים לגישתו של המבקש מהעובדה שלבעלי-השליטה היו אינטרסים שונים מאלה של יתר בעלי-המניות בה ביחס לשאלה האם מניות החברה ייצאו מהמדדים לאור הרפורמה המתוכננת.

בהקשר זה יש לציין קודם כל, את מה שהמבקש ככל הנראה אינו כופר בו, כי אין לבעלי-מניות מיעוט בחברה זכות קנויה שמניית החברה תיוותר במדדים שבהם היא נסחרת. הדברים נכונים כאשר לא נעשה שינוי במדיניות הבורסה ביחס להיכללות של מניות במדדים, והם יפים גם במקרה כמו המקרה דנן, כאשר יציאת מניית החברה מהמדדים נובעת משינוי בכללי הבורסה, שינוי שהחברה איננה צד לו ולא יכולה להשפיע עליו.

לכן, אלמלא הטענה הנוגעת לעניינו האישי של בעל השליטה השונה מזה של יתר בעלי-המניות (שנתייחס אליה מיד), העובדה שהחברה יצאה מהמדדים כתוצאה



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

מהרפורמה שערכה הבורסה, איננה מעידה כשלעצמה על הפרת חובת האמון של מי  
מנושאי המשרה בחברה או של החברה עצמה כלפי בעלי-מניותיה.

61. הפרת חובת האמון (או החלת סטנדרט ביקורת מחמיר על פעולות בעלי-השליטה  
ונושאי המשרה), יכולה אם כן לנבוע רק מקיומם של ניגודי עניינים של בעל-השליטה  
ביחס ליציאה אפשרית של המנייה מהמדדים, ופעולות של בעל-השליטה ונושאי  
המשרה בניגוד לעניינם של בעלי-מניות המיעוט ובהתאם לאינטרס הנוגד של בעל-  
השליטה. טענת המבקש בהקשר זה היא כי בעל-השליטה לא פעל להיערך ליציאה  
האפשרית מהמדדים משום שאופן הפעולה הזה תאם את האינטרס העצמי שלו  
שהיה מנוגד לזה של יתר בעלי-המניות. למבקש היו מספר טענות ביחס לטעמים  
לכך.

ראשית נטען כי **לכל** בעל-שליטה יש ככלל אינטרסים שונים מאלה של יתר בעלי-  
המניות ביחס ליציאה אפשרית של החברה מהמדדים. זאת מאחר שלבעלי-שליטה  
באופן כללי אין תמריץ לשמור על המניה במדדים (בין היתר לאור האפשרות שיש  
להם למכור את מניותיהם בעסקאות מחוץ לבורסה). לטעמי, ספק רק אם די היה  
בהבחנה הכללית בין בעלי-שליטה לבין בעלי-מניות מיעוט כשלעצמה (מבחינת  
האפשרות שלהם למכור את מניותיהם), כדי להצדיק מסקנה אודות הפרת חובות  
האמון של בעל-השליטה. זאת גם כאשר מובאת בחשבון טענת המבקש ביחס למבנה  
הפירמידלי של החברות שבשליטתו של בעל-השליטה דנן.

יחד עם זאת, אין הכרח להעמיק בנושא זה ולהכריע בו מאחר שלגישת המבקש,  
העניין האישי של בעל-השליטה במקרה דנן מתחזק לאור קיומם של שני עניינים  
קונקרטיים נוספים שלטעמו השליכו על האינטרס של בעל-השליטה בכך שמחיר  
המניה ייוותר נמוך – וכנגזרת, האינטרס שלו בכך שהמניה לא תיכלל במדדים לאחר  
הרפורמה. עניינים אלה נוגעים – כפי שהובהר לעיל – לעסקת הריכוזיות ולעסקאות  
ההחלף. נבחן אם כן את טענות המבקש ביחס לעסקאות אלה ואת שאלת ניגודי  
העניינים הלכאוריים של בעל-השליטה כתוצאה מהן.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

62. **לגבי עסקת הריכוזיות** טען המבקש כזכור כי לנוכח תנאיה, היה בתקופה הרלוונטית לבעל השליטה תמריץ "לדכא" את מחירה של מנית דסק"ש כדי להקטין את חובה של דולפין אי אל לאי די בי פיתוח. ההחלטה לא לבצע פעולות שנועדו להותרת מניית דסק"ש במדדים, שירתה מטרה זו והביאה לרווח לבעל-השליטה.
- המבקש ציין כי עמדתו נתמכת בגרסת המשיבים (בכלל זה הודאת בעל-השליטה בתשובתם כי לאור עסקת הריכוזיות הם היו אדישים למחיר המנייה בתקופה של חמש שנים, תקופה בה נאסר על בעל-השליטה למכור את אחזקותיו בדסק"ש; והעובדה שההלוואה שנתנה אי די בי פיתוח נעשתה ללא זכות חזרה לרוכש – הוא בעל-השליטה). כן נטען שבעל-השליטה יכול היה להתעשר מירידת שווי המניה במהלך חמש השנים עד פירעון ההלוואה, כאשר האינטרס של יתר בעלי-המניות הוא למקסם את מחיר המניה.
- המבקש אף הפנה בבקשה לגילוי מסמכים לישיבת דירקטוריון החברה מיום 19.12.2017, וטען כי עולה ממנה שבעל-השליטה בחנו כבר במועד זה את האפשרות להפוך את החברה לפרטית אם שער המנייה יירד, רכישה שתאפשר להם ליישם את הדרישה בחוק הריכוזיות "לקפל שכבה" נוספת בפירמידה. הוא הוסיף כי בפועל אחזקותיהם של בעל-השליטה בדסק"ש אכן עלו והן הגיעו קרוב ל-90%, בין היתר על-ידי דילול המחזיקים מהציבור בדרך של רכישה חוזרת של מניות. המשיבים טענו כי נושא זה מהווה הרחבת חזית אסורה שעלתה רק במסגרת הבקשה לגילוי מסמכים, בעוד לגישת המבקש מדובר בתגובה לטענות שהעלו המשיבים בתשובותיהם לבקשת האישור. השאלה האם מדובר בהרחבת חזית אסורה אם לאו, היא אם כן נושא נוסף השנוי במחלוקת בין הצדדים.
63. המשיבים העלו מספר רב של טענות ביחס להשלכה הנטענת של עסקת הריכוזיות על האינטרס הנטען של בעל-השליטה לכך שמחיר המנייה יהיה נמוך. בכלל זה נטען כי טענות המבקש ביחס לתמורה בעסקת הריכוזיות לא נתמכה בכל ראייה והיא שגויה; כי לא הובאה ראיה ביחס לאינטרס של בעל-השליטה הנוגע לשתי חברות שהן בבעלותו ובשליטתו, וכאשר המניות שנרכשו הן ממילא משועבדות; כי לא



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 הובאה ראייה ביחס לאפשרות "לדכא" את מחיר המניה כבר בחודש ספטמבר 2017,  
2 כאשר סוכם מחיר המניה בעסקת הריכוזיות, הגם שנותר פרק זמן של מספר  
3 חודשים עד למועד הקובע של הרפורמה; וכי לא הובאו ראיות ל"דיכוי" של מחיר  
4 המניה בפועל.

5  
6 המשיבים הוסיפו וטענו כאמור כי חלק מהטענות שהמבקש העלה במסגרת הבקשה  
7 לגילוי מסמכים היו "הרחבת חזית אסורה" שכן הן היו שונות מאלה שהועלו על-  
8 ידיו במסגרת בקשת האישור עצמה. לגישתם, העלאת טענות אלה מקפחת את  
9 זכויותיהם מה עוד שאין בהן ממש גם לגופן.

10  
11 **בהתייחס לעסקאות ההחלף** טען המבקש כאמור כי מדובר בעסקאות בהן יש יתרון  
12 לשער מניה נמוך ביום פתיחת הפוזיציה – שער המשליך על מחיר מכירת המניות  
13 (הנגזר בין הפער בין מועד הפתיחה למועד הסגירה).

14  
15 המשיבים העלו גם בהקשר זה טענות רבות ובכלל זה טענה לפיה המבקש לא הסביר  
16 איך יכלה ההוצאה מהמדדים לשרת את עסקאות ההחלף שבוצעו כחצי שנה מאוחר  
17 יותר, ואיך הן יוצרות אינטרס לכך שמחיר המניות יהיה נמוך (מאחר שמה שחשוב  
18 בהן הוא ההפרש ולא מחיר הבסיס של המניה). עוד נטען כי המבקש לא הוכיח כי  
19 התועלת של בעלי-השליטה בעסקאות הייתה גבוהה מהנזק שההוצאה מהמדדים  
20 והירידה הנטענת בערך המניות כתוצאה מכך היה עתיד לגרום להם.

21  
22 **לגבי היקף הדיון בטענות הצדדים במסגרת בקשה לגילוי מסמכים** כפי שהבהרתי  
23 אותו לעיל, אין מקום לטעמי לדון במכלול הטענות הללו של הצדדים לגופן בשלב  
24 הנוכחי של הדיון. מדובר בשאלות מורכבות מאוד, רחבות היקף, הטעונות בחלקן  
25 בירור עובדתי, הכרעה בנושאים שבמומחיות ובירור משפטי מעמיק. לצורך הדוגמא,  
26 אין מקום לבחון בשלב זה איך בדיוק חושבה התמורה בעסקת הריכוזיות, האם אכן  
27 היה לבעל-השליטה אינטרס בכך שהתמורה תהיה נמוכה, והאם ניתן היה "לדכא"  
28 את מחיר המניה כבר בחודש ספטמבר 2017. כן אין מקום להעמיק כבר בשלב זה  
29 בשאלות כגון מהי, אם בכלל, ההשלכה של יציאת המניה מהמדדים על עסקאות



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1   ההחלף, והאם התועלת של בעלי- השליטה במחיר נמוך בעסקאות אלה עולה על  
2   הנזק שנגרם להם כתוצאה מיציאת המניה מהמדדים.

3  
4  
5   את כל הבירורים הללו אין מקום לערוך בצורה מעמיקה ויסודית בשלב המקדמי  
6   הנוכחי – שלב הבקשה לגילוי מסמכים, והם ייערכו בהתאם לצורך בשלב הבא של  
7   הדיון בבקשת האישור לגופה.

8  
9   לטעמי, די בכך כי המבקש העלה במסגרת בקשת האישור טענות שעל-פני הדברים  
10   מעוררות שאלות שיש מקום וצורך לדון בהן ולבחון אותן לעומקן לאור המחלוקות  
11   בין הצדדים, כדי לעמוד בנטל הנמוך המוטל עליו בשלב זה.

12  
13   66. אני סבורה כי המבקש עשה כן ביחס לניגודי עניינים אפשריים בין בעל-השליטה לבין  
14   בעלי-מניות המיעוט לגבי האפשרות שמניות החברה ייצאו מהמדדים. האפשרות  
15   שהמניה תצא מהמדדים כרוכה בדרך-כלל בירידה בשער המנייה, ירידה הפוגעת  
16   בבעלי-מניות המיעוט. עמדת המבקש היא כי לבעל-השליטה היה במקרה דנן  
17   אינטרס הפוך, קרי אינטרס ששער המנייה יירד. כדי לעמוד בנטל המוטל עליו נכון  
18   לשלב זה, די בכך שהמבקש יעלה מספר נושאים המחייבים בדיקה מעמיקה אודות  
19   האינטרס של בעל-השליטה – ובכלל זה ההשלכה האפשרית של ירידת שער המנייה  
20   על עסקת הרכיזיות וההשלכה האפשרית שלה על עסקאות ההחלף.

21  
22   המבקש אכן העלה טענות המחייבות בדיקה מעמיקה, וניתן לכן לקבוע כי הוא  
23   עמד בדרישה להצגת תשתית ראייתית ראשונית ביחס לאינטרס של בעל-השליטה.  
24   ביחס לעסקת הרכיזיות, תשתית זו נובעת מהטענה אודות רצונו של בעל-השליטה  
25   להקטין את חובה של דולפין אי אל לאי די בי פיתוח; וביחס לעסקאות ההחלף,  
26   התשתית הראייתית הראשונית נוגעת לאינטרס של בעל-השליטה במחיר פתיחה  
27   נמוך בעסקאות אלה, מחיר שלגישת המבקש עשוי להביא להפחתה במחיר  
28   המכירה ואף לאפשר לבעל-השליטה לרכוש מניות מהציבור במחיר נמוך.  
29



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

67. יודגש – הדברים שצוינו בפיסקה שלעיל אין פירושם בהכרח כי טענות המבקש ביחס  
לניגוד העניינים הנטען של בעל-השליטה יתקבלו בבקשת האישור. כדי שהטענות  
יתקבלו, יהיה על המבקש להתגבר על משוכות רבות שצוינו ברובן בתשובותיהם של  
המשיבים - הן תשובותיהם לבקשת האישור והן תשובותיהם לבקשה לגילוי  
מסמכים. התשובות מפנות לנושאים רבים (שחלקם צוינו בהחלטה זו לעיל) שהם  
טעוני בירור והבהרה. אין זה מן הנמנע שלאחר הדיון בהן, המסקנה תהיה כי אין  
מקום לקבל את עמדת המבקש ביחס לניגודי העניינים של בעל-השליטה שכן  
המבקש לא הרים את הנטל המוטל עליו, וכתוצאה מכך יידחו טענותיו של המבקש  
ביחס להפרת חובת האמון הנטענת של המשיבים. ואולם, כפי שהבהרתי, אין מקום  
לבירור מעמיק של הטענות הללו עוד לפני השלב (המקדמי אף הוא) של הדיון  
בבקשת האישור לגופה.

לכן, אני קובעת שהמבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לצורך הבקשה לגילוי  
מסמכים ביחס לטענתו לגבי ניגוד העניינים וההפרה הנטענת של חובת האמון  
הנובעת מכך.

### הטענה להפרת חובת הזהירות -

68. מטענות המבקש עולה כי לשיטתו לנושאי המשרה בחברה יש חובה לקיים דיון ביחס  
לאפשרות שמנית החברה תוצא מהמדדים, ובכלל זה כי עליהם לבחון ולהחליט מהו  
המועד המיטבי לקיים דיון כזה. המשיבים טוענים מנגד כי החלטה אפשרית של  
דירקטוריון החברה בנוגע ליציאת המניה מהמדדים היא החלטה הנהנית מהגנת  
כלל שיקול-הדעת העסקי, כי לא חלה על החברה כל חובה לבצע צעדים פרו-  
אקטיביים לשימור המניה במדדים. לגישתם, ודאי שהמבקש אינו יכול להורות  
לחברה מתי לבצע צעדים כאלה.

69. אני סבורה כי אין די בטענות המשיבים כדי לאפשר קביעה כבר בשלב זה לפיה עמדת  
המבקש אינה נתמכת בתשתית ראייתית ראשונית. כך, אין מחלוקת כי דירקטוריון  
החברה אכן דן בסופו של דבר בנושא של הרפורמה במדדים, תוך שגם לגישת  
המשיבים התייחס הדירקטוריון לאפשרויות של שימור המניה במדדים.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1

2 קיומו של דיון כזה כשלעצמו איננו מספיק בהכרח כדי להביא לקביעה לפיה חלה על  
3 הדירקטוריון חובת זהירות לפעול כדי לבחון את שאלת שימור המניה במדדים. יחד  
4 עם זאת, די בכך לשלב הנוכחי של הדיון כדי לקבוע שטענת המבקש לפיה חלה על  
5 הדירקטוריון חובה לקיים דיון – איננה טענת סרק. בשלב הבא יהיה מקום לשוב  
6 ולבחון את שאלת קיומה של חובת הדירקטוריון בהקשר זה ואת היקפה, ולאחר  
7 מכן לבחון האם עמדו נושאי המשרה בחובתם האמורה בנסיבות המקרה דנן. מובן  
8 כי אם לא תתקבל עמדת המבקש ביחס לניגודי העניינים של בעלי-השליטה בחברה,  
9 יהיה מקום גם לבחון האם החלטת הדירקטוריון צריכה ליהנות מהגנת כלל שיקול-  
10 הדעת העסקי. כן יהיה מקום לבחון את השאלה האם היה על נושאי המשרה לבדוק  
11 את נושא שימור המניה במדדים עוד לפני המועד שבו התקיימה ישיבת הדירקטוריון  
12 בפועל; האם חשוף המחדל הנטען בהקשר זה (הנוגע לגישת המבקש לאיחור במועד  
13 בו הדירקטוריון בחר לדון בנושא) לביקורת שיפוטית; ומהי רמת הביקורת בהקשר  
14 זה.

15

16 גם השאלות האלה הן כולן שאלות מורכבות שהמענה להן מחייב בירור עובדתי  
17 ומשפטי של כלל טענות הצדדים בהקשר זה. בירור זה ייערך על-פי הצורך בשלב  
18 הבא של הדיון ולא בשלב הנוכחי. כאמור, בשלב הנוכחי די בכך שישנה אפשרות  
19 שטענות המבקש יתקבלו, ומאחר שאני סבורה כי אפשרות כזו קיימת – הרי שניתן  
20 לקבוע כי המבקש עמד בנטל להוכחת תשתית ראייתית ראשונית כנדרש לצורך  
21 קבלת עמדתו ביחס לגילוי המסמכים.

22

23 **היחס בין תקנה 75 לתקנות סדר הדין האזרחי לבין תקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות**

24 71. כפי שעולה מתיאור טענות הצדדים, התגלעה ביניהם מחלוקת גם בשאלת היחס בין  
25 הוראת תקנה 75 (ותקנות 114 ו-134א) לתקנות סדר-הדין האזרחי, לבין הוראת  
26 תקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות.

27

28 תקנה 75 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי על בעל-דין לצרף לכתב טענותיו  
29 "העתק של כל מסמך הנזכר בו, זולת אם אינו מצוי ברשותו או בשליטתו". תקנה



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

זו חלה על תובענות ייצוגיות מכוח הוראת תקנה 19(א) לתקנות תובענות ייצוגיות  
הקובעת כי "בכל עניין של סדר דין בבקשה לאישור או בתובענה ייצוגית, יחולו  
תקנות סדר הדין האזרחי בשינויים המחויבים, והכל אם אין בחוק או בתקנות אלה  
הוראה אחרת לעניין הנדון".

האם קיימת "הוראה אחרת" בתקנות תובענות ייצוגיות? התקנה אליה הפנו  
המשיבים היא כאמור תקנה 4(ב) בתקנות תובענות ייצוגיות הקובעת:  
"לבית-המשפט בדונו בבקשה תהיה הסמכות למתן צו  
לגילוי ועיון במסמכים, ובלבד שנתקיימו תנאים אלה:  
(1) המסמכים שגילויים נדרש נוגעים לשאלות הרלוונטיות  
לאישור התובענה כתובענה ייצוגית;  
(2) המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיומם  
של התנאים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק."

72. השאלה שהצדדים היו חלוקים לגביה היא השאלה של היחס בין התקנות האמורות,  
ובאופן ספציפי – האם התנאים המנויים בתקנה 4 המהווים תנאי מקדמי לגילוי  
מסמכים בהליך של בקשה לאישור תביעה ייצוגית, חלים גם על מסמכים שנזכרו  
בכתב הטענות של הנתבע בתביעה ייצוגית; או שמא די בכך שהמסמך נזכר בכתב  
הטענות כדי להצדיק את הדרישה לצרפו, גם באותם מקרים שבהם המבקש לא  
העמיד תשתית ראייתית ראשונית לגבי קיום התנאים נושא סעיף 8(א) לחוק  
תובענות ייצוגיות.

73. לאחר שקבעתי לעיל כי המבקש במקרה דנן העמיד תשתית ראייתית ראשונית שדי  
בה לצורך קבלת הבקשה לגילוי מסמכים, הדיון במחלוקת הזו התייתר במידה רבה.  
יחד עם זאת ומאחר שהצדדים העלו טענות בהקשר זה, אציין כי אני סבורה שתקנה  
75 היא תקנה "טכנית" באופייה, והיא מחייבת צד המתייחס למסמך כזה או אחר  
בכתב הטענות שלו – לצרף את המסמך הנזכר עצמו לכתב הטענות. אין מדובר  
בבקשה ל"גילוי" של מסמכים מעבר לאלה שאותו צד בחר להתייחס אליהם (כפי  
שנעשה בבקשה לגילוי מסמכים, מכוח תקנה 117 לתקנות סדר הדין האזרחי), אלא





## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

רק בדרישה "לצירוף" של המסמכים שנזכרו בכתב הטענות (כאמור בתקנות 114 ו-116 לתקנות סדר הדין האזרחי).

יתרונה הנוסף של תקנה 75 הוא בכך שהיא מייתרת את הצורך לבחון האם המסמך שגילויו מתבקש הוא רלוונטי. זאת מאחר שעצם האזכור של המסמך בכתב הטענות של המשיב בבקשת האישור מעיד על כך כי לשיטתו שלו מדובר במסמך רלוונטי – ומכאן שגם המבקש זכאי להיחשף אליו (אלא אם כן ישנם טעמים טובים שלא לעשות כן).

זאת ועוד. לפני התקנת תקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות, הייתה שאלת זכותו של מבקש לדרוש גילוי מסמכים במסגרת הדיון המקדמי בבקשה לאישור תביעה ייצוגית, שאלה שהייתה שנויה במחלוקת. הפסיקה פתרה את המחלוקת הזו בפסק הדין בעניין יפעת (רע"א 10052/02 **יפעת נ' דלק מוטורס**, פ"ד נז(4) 513 (2003)), שהוראותיו אומצו בהמשך לתקנה 4 הנ"ל. יחד עם זאת, לטעמי – גם אלמלא פסק-הדין בעניין **יפעת** והוראות תקנה 4 – היה רשאי מבקש בבקשה לאישור תביעה ייצוגית לדרוש, מכוח תקנה 75, את צירופם של המסמכים שנזכרים בכתבי הטענות של משיבים בבקשות האישור.

74. אכן – היקפה של ההוראה בתקנה 75 שנויה היום במחלוקת, מחלוקת שמשתקפת בין היתר בטענות הצדדים בבקשה דנן, ואשר נוגעת בין היתר לשאלה מהם אותם מסמכים ש"נזכרו" בכתב טענות, ומה ההבחנה ביניהם לבין ראיות המתעדות אירועים שנזכרו בכתב הטענות. אולם – אין צורך להידרש למחלוקת זו, ודי שאצוין כי ביחס לאותם מסמכים שאותם יש לצרף מכוח תקנה 75, המבקש רשאי לדרוש את צירופם בלא שבית-המשפט נדרש להתייחס לשאלת סיכוייה של בקשת האישור.

75. אצוין עוד כי המשיבים טענו ביחס לחלק מהמסמכים שנטען כי הם נזכרו בכתבי הטענות שלהם, כי הם "נאלצו" להזכיר אותם ולהתייחס אליהם רק מאחר שהמבקש העלה טענות לגביהם. לגישתם, בנסיבות כאלה אין להיעתר לבקשה המבוססת על תקנה 75, שכן אין לתת תמריץ למבקשים בתביעות ייצוגיות לעשות



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

שימוש בהליך של גילוי מסמכים כתחליף לחשיפת מידע אודות החברה. כך למשל, ביחס להערכת השווי של החברה נטען כי המשיבים התייחסו אליה בלית בררה, לאחר שהמבקש העלה טענות הנוגעות אליה והמשיבים נאלצו להשיב לטענות אלה ולהדוף אותן.

אינני מקבלת את הטענה. אכן – ההתייחסות של המשיבים בתשובתם לבקשת האישור נובעת כל-כולה מהעובדה שהמבקש הגיש נגדם את הבקשה ועתר כי תאושר נגדם תביעה ייצוגית. המשיבים נדרשו במסגרת זו מטבע הדברים להתייחס לכלל טענותיו של המבקש. בכלל זה היה עליהם להתייחס לטענות הנוגעות למסמכים שהמבקש התייחס אליהם בבקשתו. משהם עשו כן, שומה עליהם לאפשר למבקש להיחשף למסמך שנזכר בכתבי בית-הדין שלהם, כדי שהוא יוכל לבחון את הטענות שהם העלו ביחס למסמך זה ולנסות להתמודד איתן.

76. סיכומה של נקודה זו – המבקש עמד בנטל הראשוני שהוטל עליו, והוכיח – במידה הנמוכה הנדרשת ממנו בשלב זה של הדיון, תשתית ראייתית ראשונית לטענות שהוא העלה במסגרת בקשת האישור. משכך, הוא זכאי לגילוי מסמכים – ובכלל זה הוא זכאי לגילוי המסמכים שנזכרו בכתבי התשובה של המשיבים ולגילוי של המסמכים שהם רלוונטיים לדיון בבקשת האישור. נפנה עתה לברר באופן ספציפי אילו מבין המסמכים המבוקשים הם מסמכים כאלה.

### בירור הבקשה ביחס למסמכים שהתבקשו בה

77. בטרם נדון בבקשה לגופה, נזכיר כי הבקשה הנוכחית היא בקשה לגילוי מסמכים במסגרת בקשה לאישור תביעה ייצוגית, בה היקף המסמכים להם זכאי המבקש הוא מצומצם, וצר יותר מאשר היקף המסמכים שזכאי להם תובע במסגרת דיון בתביעה לגופה (ר' רע"א 8649/17 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' אלחנן תגר, פ' 16 (16.04.2018); רע"א 4632/18 Volkswagen AG נ' שלמה גולן, בפסקה 9 (26.12.2018)). בבקשה כזו צריך בית-המשפט לבחון, במסגרת ההחלטה, את הרלוונטיות של המסמכים לדיון בשלב הנוכחי של הבקשה כמו גם את ההכבדה האפשרית שצו המורה על גילוי המסמכים יגרום, והמחיר האפשרי של גילוי כזה (ר')



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

למשל רע"א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ  
נ' פרופ' ירון זליכה (29.03.2016)).

לאור מכלול האמור לעיל, הבדיקה ביחס למסמכים המבוקשים תהיה כדלקמן -  
ביחס לכל מסמך יהיה מקום לברר האם המשיבים הזכירו אותו בתשובתם לבקשת  
האישור. אם כן – יהיה מקום להורות על גילוי. אם לא – יהיה מקום לברר האם  
המסמך המבוקש הוא רלוונטי לדיון בבקשת האישור והאם יש מקום להורות על  
גילוי המסמך לאור הנחיצות שלו לדיון בבקשת האישור מול ההכבדה האפשרית  
הכרוכה בגילוי.

78. עוד יש להדגיש – בהתייחס להוראות תקנה 75 ו-114 לתקנות סדר הדין האזרחי, כי  
אזכור של מסמך בכתב התשובה משמעו אזכור מפורש שלו, ולא אזכור גנרי או  
הפניה לאירוע שיתכן שקיים לגביו מסמך (שמהווה ראיה לגביו). כך נקבע בהחלטה  
בת.א. (מחוזי מרכז) 47302-05-16 בטר פלייס נ' שי אגסי (1.8.2016), השופט ע'  
גרוסקופף):

"ואכן, הפרשנות הסבירה של תקנות 75 ו-114 לתקסד"א היא כי  
יש לצרף לכתבי הטענות מסמכים ספציפיים הנזכרים בהם (כגון  
חוזה, מכתב, דוח או חוות-דעת מסוימים), וכי אין חובה לצרף  
לכתבי הטענות מסמכים הנזכרים בהם באופן גנרי (למשל  
'מסמכים רבים שאותרו במחשבי התובעות'), ראיות המתעדות  
אירועים הנזכרים בכתבי הטענות (כגון פרוטוקולים של ועדה  
שנטען כי לא דנה כלל בענין מסוים), או תוצרים של אירועים כאלה  
(כגון דו"ח בדיקה של גורם שכתב התביעה מדווח כי נזכר לבצע  
עבודה מסוימת). ויובהר, כאשר כתב טענות מתייחס באופן ספציפי  
לתיעוד מסוים של אירוע, כגון כשקיימת בו התייחסות לאמור  
בפרוטוקול של ישיבת דירקטוריון מסוימת או בתמלול של תחקיר,  
הופך אותו תיעוד למסמך שיש לצרפו. אולם כל עוד אין התייחסות  
קונקרטית לתיעוד, אין הוא בגדר 'מסמך הנזכר בו'".



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 ההחלטה האמורה ניתנה אמנם במסגרת הליך של תביעה אזרחית רגילה ולא בקשה  
2 לאישור תביעה ייצוגית, אולם מאחר שהיא מתייחסת לתקנה 75 ולהיקף התחולה  
3 שלה – היא יפה לטעמי גם לענייננו.

4  
5 נבחן אם כן להלן את המסמכים שהמבקש ביקש שהמשיבים יגלו -

6  
7 **מסמכים הנוגעים לתכתובות של החברה עם הבורסה ועם הגופים המוסדיים – 79.**

8 מסמכים אלה לא נזכרו מפורשות בתשובות המשיבים לבקשת האישור. לגישתו של  
9 המבקש, טענת המשיבים לפיה כלל הפניות היו בעל-פה איננה סבירה. הוא הוסיף  
10 כי אף אם הפניות היו בעל-פה, חשיבות העניין מחייבת שהפונה היה מעלה את  
11 הדברים על הכתב. ואולם - טענה זו אינה משליכה על השאלה האם יש מקום  
12 להורות על גילוי המסמכים מכוח תקנה 75. לכן, משלא נזכרו המסמכים הללו  
13 בתשובה באופן מפורש (כגון על-ידי הפניה לתוכנם או ציטוט האמור בהם), הגילוי  
14 שלהם איננו יכול להיות מבוסס על תקנה 75 הנ"ל.

15  
16 האם יש מקום להורות על גילוי המסמכים בהתאם לתקנה 4? לגישת המשיבים  
17 המבקש לא הוכיח את הרלוונטיות של המסמכים המבוקשים. בהתייחס לפניות  
18 למשקיעים המוסדיים, נטען כי פרוטוקול ישיבת הדירקטוריון של החברה מיום  
19 26.12.2017 מעלה את ממצאיה של אפסילון ביחס לביצוע הנפקה פרטית, וממילא  
20 ברור כי הבקשה אינה אלא מסע דייג פסול.

21  
22 לאחר עיון בבקשה ובתגובות, אני סבורה כי יש להיעתר לבקשה בחלקה ואני מורה  
23 לכן משיבים לגלות למבקש מסמכים שמהווים פניות לבורסה לבחינת האפשרות  
24 להישאר במדדים. די במסמכים אלה נכון לשלב זה של הדיון, ואין מקום להכביד  
25 על המשיבים ולהורות להם לגלות גם את התכתובות עם הגופים המוסדיים,  
26 שהרלוונטיות שלהם היא פחותה.

27  
28 **הערכת השווי ומסמכים הקשורים בקביעת התמורה לעסקת הרכיזיות – בקשה 80.**

29 זו כוללת את פרוטוקול הוועדה הבלתי-תלויה, את ישיבות המו"מ וכל תכתובת בין



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

1 הצדדים הכוללת בין היתר התייחסות לשאלת הדיסקאונט שיש לייחס למחיר ה-  
2 NAV של החברה.

3  
4 ביחס להערכת השווי – היא נזכרה בס' 46 לתגובת החברה ובתגובת בעלי-השליטה.  
5 לכן יש לאפשר למבקש לעיין במסמך כדי להתייחס אליו ולסתור את טענות  
6 המשיבים. כן יאפשרו המשיבים לבקש לעיין בפרוטוקול הוועדה הבלתי תלויה.  
7 ביחס לדיונים של ועדה כזו, אני סבורה כי מאחר שהיא נועדה בדרך-כלל כדי להגן  
8 על זכויות בעלי מניות המיעוט, הנטייה של בתי-המשפט צריכה להיות לכיוון של  
9 גילוי הפרוטוקול שלה ולא לכיוון של הסתרתו (ככל שהוא רלוונטי לדיון בבקשת  
10 האישור). אינני נעתרת לבקשה ביחס ליתר המסמכים (ובכלל זה חומרי העבודה של  
11 המומחה), מאחר שמדובר בבקשה נרחבת ומכבידה מדי, שאין מקום להיעתר לה  
12 בשלב זה.

13  
14 **81. מסמכים הנוגעים לעסקאות ההחלף** – עסקאות ההחלף נזכרו בתשובות המשיבים.  
15 מעבר לכך נראה כי יש להם רלוונטיות בבחינת טענות הצדדים ביחס להשלכה  
16 האפשרית של עסקאות אלה על האינטרסים של בעל-השליטה ועל ניגוד העניינים  
17 האפשרי שהוא עשוי להיות מצוי בו. טענת המשיבים לפיה המבקש לא הבין את טיבן  
18 של העסקאות – מחזקת דווקא את הצורך לאפשר לו לעיין במסמכי העסקאות כדי  
19 לבחון את התנאים שלהן ולהבינם. לכן אני מורה למשיבים לגלות למבקש את  
20 מסמכי העסקאות הללו.

21  
22 **82. המסמכים המעידים על אופן ההיערכות של החברה לרפורמת המדדים** – המשיבים  
23 טענו כי מדובר במסמכים שלא נזכרו בתשובות וכי המבקש לא ציין אחרת. כן נטען  
24 כי מדובר בטענות המהוות הרחבה של חזית המחלוקת שאין מבוססות על תשתית  
25 ראייתית ועובדתית מתאימה. המבקש טען מנגד כי מדובר במסמכי הליבה של  
26 הבקשה, והם נועדו כדי לברר את האופן שבו פעלה החברה בפרק הזמן של 11 הימים  
27 ממועד אסיפת הדירקטוריון ועד למועד בו הרפורמה נכנסה לתוקף. הוא הפנה  
28 בהקשר זה לסעיף 90ד(11) לבקשה לגילוי מסמכים.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

אני סבורה כי הבקשה אינה מפורטת די הצורך ביחס למסמכים המבוקשים בה. ככל  
שיהיה מקום לבחון את שאלת אופן הפעולה של המשיבים במהלך תקופת 11  
הימים, יתכן שיהיה משקל לחובת המשיבים להיעדרם של מסמכים המעידים על  
פעולות נטענות של המשיבים בהקשר זה. יחד עם זאת, בהינתן השלב הראשוני של  
הדיון, ומאחר שגם לגישת המבקש יתכן שלא יהיה די בפעולה ולו גם אינטנסיבית  
בתקופה זו כדי להביא לקביעה לפיה המשיבים עמדו בחובותיהם – אינני נעתרת  
לבקשה.

83. **מסמכים הנוגעים לישיבות הדירקטוריון מיום 19.12.2017 ומיום 25.12.2017 – גם**  
ביחס למסמכים אלה טענו המשיבים כי הבקשה היא כוללת. אני סבורה כי  
הבקשה (כפי שהיא פורטה בסעיף 90ד(12) בבקשה לגילוי מסמכים) היא בקשה  
מפורטת וממוקדת. מבין המסמכים שצוינו בסעיף אני נעתרת לבקשה ביחס לס"ק  
(ב) (ד) ו-(ה).

84. **המסמכים הנוגעים לפנייה לדולפין אי אל כי תמכור מניות – לגישת המשיבים, גם**  
בהקשר זה בקשת המבקש היא עמומה, כללית ונעדרת תשתית ראייתית המצדיקה  
את קבלתה. עוד נטען כי המסמכים המבוקשים אינם רלוונטיים. המבקש טען מנגד  
כי מדובר בבקשה ממוקדת של הפניות לבעל-השליטה להפצת המניות, לאור הטענה  
לפיה זוהי אחת הדרכים שניתן לנקוט בה לצורך שימור המניה במדדים.

אני סבורה כי הרלוונטיות של המסמכים היא עקיפה – שכן היא נוגעת לאופן פעולה  
אפשרי של המשיבים לצורך שימור המניה במדדים. השאלה מה עשו המשיבים  
לצורך שימור המניה במדדים איננה השאלה הראשונית שיהיה על בית-המשפט  
לבחון במסגרת הדיון בבקשת האישור, אלא יהיה עליו לבחון קודם כל מה היו  
חובותיהם של המשיבים ביחס לרפורמה במדדים, ואיך היה עליהם לפעול לאור  
החובות האמורות. אם ייקבע כי היה על המשיבים לפעול, יהיה מקום לבחון אם הם  
אכן נקטו בפעולות הדרושות. בהקשר זה יהיה גם מקום לקבוע על מי חל הנטל  
המשני להוכיח אילו פעולות ננקטו, ומה ההשלכה – אם בכלל – של העובדה  
שהמשיבים לא הציגו מסמכים מסוימים שהם היו יכולים להציגם.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 18-09-24526 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

לכן, לאור מכלול האמור לעיל, לאור העובדה שמדובר בבקשה לגילוי מסמכים בשלב שבטרם אישור התביעה כייצוגית ועל מנת להגביל את כמות המסמכים שיהיה על המשיבים לגלות, אינני נעתרת לבקשה בהקשר זה.

85. סוף דבר – לאור כל האמור לעיל אני מורה למשיבים למסור למבקש תצהיר גילוי מסמכים הכולל את המסמכים הבאים וזאת תוך 30 יום מהיום -

- מסמכים שמהווים פניות לבורסה לבחינת האפשרות להישאר במדדים ;
- הערכת השווי ופרוטוקול הוועדה הבלתי-תלויה ;
- מסמכים הנוגעים לעסקאות ההחלף ;
- מסמכים הנוגעים לשיבות הדירקטוריון מיום 19.12.2017 ומיום 25.12.2017 – המסמכים שצוינו בסעיף 90ד(12) בבקשה לגילוי מסמכים, בס"ק (ב) (ד) ו-(ה).

ככל שחלק מהמסמכים אינם קיימים או שאינם נמצאים ולא היו בחזקתם או בשליטתם של מי מהמשיבים – על אותו משיב להגיש תצהיר על כך בנוסח המתאים לתקנות סדר הדין האזרחי.

ככל שיש למי מהמשיבים טענת חיסיון לגבי חלק מהמסמכים, יהיה על אותו משיב לציין את קיומו של המסמך ולהבהיר את טענת החיסיון שלו. החלטה בנושא זה תינתן בהתאם לצורך בנפרד.

86. התיק יועבר לתז"פ ביום 9.1.2020.  
עד מועד זה יודיעו הצדדים לבית-המשפט האם הליך גילוי המסמכים הסתיים, ולאחר מכן – ייקבע מועד לשיבה נוספת.

ניתנה היום, ד' כסלו תש"פ, 02 דצמבר 2019, בהעדר הצדדים.



## המחלקה הכלכלית בבית-המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 24526-09-18 בן-שטרית נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח'

רות רונן, שופטת