

תובענות ייצוגיות על פי חוק החברות

מאת

פרופ' צפורה כהן*

המאמר עוסק במהותה של התובענה הייצוגית, ביתרונותיה ובסיכונים הטמונים בה. התובענה הייצוגית בדיני חברות מוסדרת בחוק החברות, התשנ"ט-1999, שהוראותיו החליפו את ההסדר שקדם לו בחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, שהיה מצומצם בתחולתו לחברות ציבוריות בלבד. המאמר דן בשאלה מי מוסמך להגיש תובענה ייצוגית על פי חוק החברות ומנתח את התנאים שעל בית המשפט לבדוק בטרם יעשה שימוש בסמכותו לאישור התובענה הייצוגית. במסגרת זו דן המאמר בשאלות שונות הדורשות הכרעה, כגון האם יש להכיר בדרישה להוכחת סיכויי התביעה כתנאי לאישור התובענה, על אף היעדרה של דרישה כזו בחוק; אופן הוכחת הנזק של הניזוקים השונים המיוצגים בתובענה הייצוגית; התחשבות בגודל הקבוצה; עדיפותם של משקיעים מוסדיים כתובעים מייצגים; האם הכישורים הדרושים לצורך אישור תובע מייצג צריכים להתקיים בתובע עצמו או די בכך שהם מתקיימים בעורך הדין אשר מנהל את ההליך בפועל; האם יש בקיומו של ניגוד עניינים בין התובע המבקש את אישור בית המשפט להגשת תובענה ייצוגית לבין חברי הקבוצה כדי לפסול אותו מלהיות תובע מייצג ראוי; האם עורך דין המגיש את הבקשה לאישור הגשתה של תובענה ייצוגית יכול לשמש בעצמו כתובע מייצג; משמעותה של הדרישה לתום לב של התובע המייצג כתנאי מוקדם לאישור הבקשה; אופן קביעת שכר הטרחה של עורך הדין על ידי בית המשפט. המאמר דן גם בשאלת נטל ההוכחה בהוכחת התנאים המוקדמים, בהיבטים הדיוניים הכרוכים בהגשת התובענה הייצוגית, באופן הפיקוח השיפוטי על הליך התובענה הייצוגית ובתמריצים שקובע החוק להגשת התובענה. קביעת ההסדרים הראויים נעשית תוך לימוד מהניסיון הרב שנצבר בדין האמריקני בסוגיה זו ומהתיקונים שהוכנסו בו בשנים האחרונות, שנועדו לצמצם את החסרונות הטמונים בתובענות הייצוגיות.

* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. מרצת חוץ, מכללת "שערי משפט". המאמר הוא פרק מהמהדורה השנייה של הספר "בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות" שייצא בקרוב.

- א. מבוא
- ב. מי מוסמך להגיש תובענה ייצוגית
- ג. התנאים לניהול התובענה הייצוגית
- ד. נטל ההוכחה בהוכחת התנאים המוקדמים
- ה. היבטים דיוניים
- ו. פיקוח בית המשפט על הליך התובענה הייצוגית
- ז. תמריצים להגשת התובענה הייצוגית

א. מבוא

1. התובענה הייצוגית לעומת התביעה הנגזרת

כאשר עילת התביעה המוקנית לבעל המניות משותפת לו ולבעלי מניות רבים, שצירופם אינו מעשי, נעור הצורך בהגשת תובענה ייצוגית. משמעותה של תובענה זו היא שבעל המניות, שמגיש את התביעה, נחשב כנציג של כל בעלי הזכות האחרים.

כאשר הנזק שנגרם לבעל המניות מתבטא בירידת ערך מניותיו עקב הנזק שנגרם לחברה, כאשר נזקו של בעל המניות הוא רק השתקפות של הנזק שנגרם לחברה, לא מוקנית לו עילת תביעה אישית נגד החברה, אלא עליו להגיש את התביעה כתביעה נגזרת.¹

המבחן שהוצע בפסיקה האנגלית להבחנה בין נזק אישי לבעל מניות לבין נזק שהוא השתקפות של הנזק שנגרם לחברה הוא כדלקמן: אם הנזק לבעל המניות יישאר בעינו גם אם החברה תפוצה עבור נזקיה, אזי יש לראותו כנזק אישי.²

1 ראו לעניין זה: ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח', דינים עליון נח 544; כזהו הדין גם באנגליה ובארצות הברית. ראו, למשל, באנגליה: **Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd.** [1982] 1 All E.R. 354 (C.A.); **Stein v. Blake** [1998] 1 All E.R. 724 (C.A.); **Johnson v. Gore Wood & Co. (a firm)** [2001] 1 All E.R. 481 (H.L.); **Giles v. Rhind** [2002] 4 All E.R. 977 (C.A.); **Day v. Cook** [2002] 1 BCLC 1 (C.A.); **Barings v. Coopers & Lybrand** [2002] 2 BCLC 364 (Ch.D.) בארצות הברית: 546 A. 2d 348, 353 **Kramer v. Western Pacific Industries, Inc.** (1988); 845 A. 2d 1031, 1037-1039 **Tooley v. Donaldson, Lufkin, & Jenerette, Inc.** (2004).

2 **Giles v. Rhind, ibid**, at pp. 990 & 1004.

הנימוקים שניתנו להצדקת הלכה זו הם כדלקמן:

1. עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה.³ מכוח עיקרון זה, זכותה של החברה להגיש תביעה בגין נזק שנגרם לה. "בעלי המניות הם חיצוניים לחברה, ואינם ניזוקים בעצמם".⁴
2. החשש הכבד לריבוי בלתי סביר של תביעות, דבר שיגרום להכבדה בעלויות הביטוח ולליקויים בהתנהגותם של הפועלים בשוק ההון, עקב חששם מנטילת סיכונים ראויים.⁵
3. החשש לפיצוי כפול – של בעל המניות ושל החברה על חשבון הנתבעים.⁶
4. העדפה לא הוגנת של בעלי המניות על פני הנושים. הקניית זכות תביעה אישית לבעל מניות שנגרם לו נזק עקב ירידת ערך מניותיו כתוצאה מנזק שנגרם לחברה, תגרום לכך שבעלי המניות יעדיפו להגיש תביעות אישיות. ייווצר אפוא מצב שלא יהיה מי שיתבע את ריבה של החברה, וזו לא תזכה לקבל פיצוי בגין הנזק שנגרם לה. במקרה שהחברה תגיע לחדלות פירעון, התוצאה המתבקשת מכך היא פגיעה בנושים.⁷

לעתים עשויה אותה מסכת עובדות להקנות לבעל המניות זכות תביעה אישית ונגזרת כאחת.⁸ במקרה כזה רשאי בעל המניות לבחור את דרך הגשת התביעה או להגיש תביעות סימולטניות.⁹ לדוגמה: לעתים תעמוד לבעל המניות אפשרות להגיש בגין אותה מסכת עובדות תביעה נגזרת ותביעה אישית בגין קיפוח על פי סעיף 191 לחוק החברות. הסעיף מקנה זכות לסעד גם כאשר הקיפוח נוגע לכלל בעלי המניות. משמע, במקרים כאלה רשאי בעל מניות לבחור בין הגשת תביעה אישית במסגרת הסעד למקרה קיפוח לבין הגשת תביעה נגזרת בשם החברה. הצד השווה בשתי התביעות הנ"ל הוא שיקול הדעת הרחב של בית המשפט לגביהן. הצד השונה הוא בתוצאות התביעה. תביעה בגין קיפוח עשויה להקנות פיצוי אישי לבעלי המניות שסבלו נזק כתוצאה מההתנהגות

3 סעיף 4 לחוק החברות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").

4 כדברי הנשיא ברק בעניין דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח', לעיל הערה 1, בפסקה 19.

5 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח', לעיל הערה 1, בפסקה 21.

6 *Johnson v. Gore Wood & Co. (a firm)*, supra note 1, at p. 528; *Giles v. Rhind*, supra note 1, at p. 986 (C.A.).

7 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח', לעיל הערה 1, בפסקה 22.

8 ראו, למשל *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd.*, supra note 1; *Biala Pty. v. Mallina Holdings Ltd.* 14 A.C.L.R. 350 (1988).

9 *Cooke v. Cooke* [1997] 2 BCLC 28 (1996). השוו המלצות הוועדה שמונתה על ידי ה-American Law Institute לצורך הצעת רפורמה בשאלות מבנה ומשטר בחברה – The American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Proposed Final Draft (1992) §7.01(c).

המקפחת, בעוד שהתביעה הנגזרת עשויה להקנות פיצוי לחברה בגין הנזק שהיא סבלה.¹⁰
 על ההבחנה בין תביעה אישית לבין תביעה נגזרת עומד בית המשפט העליון בעניין מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות:¹¹

הכלל הוא, בעיקרון, כי כאשר בעל מניות סובל נזק בלתי תלוי בנזק אותו סובלת החברה, קמה לו תביעה אישית בלתי תלויה בנזק שנגרם לחברה. אולם אם הנזק נגרם לבעל מניות עקב ירידת ערך החברה ושוי מניותיה וכל בעלי המניות ניזוקים באותה מידה, לא קמה – בדרך כלל – לבעל מניות, עילת תביעה אישית. זהו נזק משני המשקף את נזקי החברה.

לכלל הנ"ל חריגים מכמה סוגים, ביניהם, נזק שנגרם כתוצאה מהפרת זכות חוזית של בעל מניות בתור שכזה או נזק שנגרם לבעל מניות או לקבוצת בעלי מניות השונה מהנזק שנגרם לבעלי מניות אחרים, או נזק שנגרם עקב קיפוח המיעוט. מקרים הנופלים לגדר החריג הם למשל, כאשר לאחר מיזוג, מוקפא מיעוט בעלי המניות על ידי בעלי מניות רוב בתנאים בלתי הוגנים, או כאשר הרוב בחברת אם, מרוקן מתוכן חברת בת ברנזאקציות בלתי הוגנות בין חברת האם והבת.

בדומה לכך מציב בית הלורדים את הפרופוזיציות הבאות להבחנה בין תביעה אישית לתביעה נגזרת בפסק דינו בעניין *Johnson v. Gore Wood & Co.*¹² כדלקמן:

(1) where a company suffers loss caused by a breach of duty owed to it, only the company may sue in respect of that loss. No action lies at the suit of a shareholder suing in that capacity and no other to make good a diminution in the value of the shareholder's shareholding where that merely reflects the loss suffered by the company. A claim will not lie by a shareholder to make good a

10 למרות שבדרך כלל הסעד שמתבקש בתביעה לסעד למקרה קיפוח הוא סעד אישי לטובת בעלי המניות המקופחים, אין מניעה במסגרת תביעה לסעד למקרה קיפוח לבקש גם סעדים לחברה עצמה. ראו: רע"א 9646/04 חסקי אלון ייזום בניה והשקעות בע"מ ואח' נ' אריה מיכלסון חברה ליוזמות בע"מ ואח' (פסק דין מיום 12.1.05), בפסקה 5 לפסק הדין.

11 ע"א 2967/95, פ"ד נא(2) 312, 327. מטעם זה דחה השופט ישעיה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב את הבקשה לתובענה ייצוגית בת"א (ת"א) 1981/02, בש"א 15196/02 גרינפלד נ' לסר ואח', דינים מחוזי לג(10) 503. השופט קבע, כי טענת התובע שהתמוטטותה הכלכלית של החברה, שהוא היה בעל מניות בה, נעוצה בסדרת עסקאות כושלות שביצעו נושאי המשרה בחברה, אינה מקנה לתובע עילת תביעה אישית.

12 *Supra* note 1

loss which would be made good if the company's assets were replenished through action against the party responsible for the loss, even if the company, acting through its constitutional organs, has declined or failed to make good that loss... (2) Where a company suffers loss but has no cause of action to sue to recover that loss, the shareholder in the company may sue in respect of it (if the shareholder has a cause of action to do so), even though the loss is diminution in the value of the shareholding... (3) Where a company suffers loss caused by a breach of duty to it, and a shareholder suffers a loss separate and distinct from that suffered by the company caused by breach of a duty independently owed to the shareholders, each may sue to recover the loss caused to it by breach of the duty owed to it but neither may recover loss caused to the other by breach of the duty owed to that other.¹³

2. יתרונות וסיכונים של התובענה הייצוגית

היתרונות הטמונים בתובענה הייצוגית ברורים: היא מאפשרת הגשת תובענות, כאשר כל אחד מבעלי המניות סבל נזק קטן, שלא היה מצדיק הגשת תביעה על ידיו, אולם סך הכל של הנזק הוא גדול.¹⁴ בסוג מקרים זה התובענה הייצוגית היא לא רק הדרך היעילה

¹³ Ibid, at p.503

¹⁴ ע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.אס ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ ואח', פ"ד נו(2) 256, 247. ראו גם Owen M. Fiss, "The Political Theory of the Class Action" 53 Wash & Lee L.Rev. (1996) 21, 22. השאלה אם יש לאשר תובענה ייצוגית כאשר הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא גדול הועלתה ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ ואח', פ"ד נו(3) 220. המדינה טענה כי אין מקום לאישור תובענה ייצוגית במקרה כזה. השופטת ביניש ציינה כי התובענות הייצוגיות הקלאסיות נועדו להתגבר על מצבים שבהם הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא קטן, אולם היא מוסיפה כי סכום הנזק אינו תנאי חיוני לתביעה, הגם שהוא מהווה אינדיקציה לגבי נחיצותו של ההליך הייצוגי (שם, בע' 278). השופטת שטרסברג-כהן דחתה את טענת המדינה וקבעה כי ניתן לאשר תובענה ייצוגית גם כאשר הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה הוא גדול (שם, בע' 263 – 264). לתמיכה בגישה המכירה באפשרות של הגשת תובענה ייצוגית גם כאשר הנזק לכל אחד מחברי הקבוצה הוא גדול ראו א' קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא (התשס"ד) 387, 393 – 398. לגישתו, ההכרעה אם לאשר תובענה ייצוגית צריכה להתקבל לאחר שקלול של סכום של כל תביעה אינדיבידואלית בסיכויי ההצלחה ושל העלויות הישירות והעקיפות שכל תובע עשוי לשאת בהן, כאשר גם אלה משוקללות בסיכויי ההצלחה בתביעה.

ביותר להגשת תביעה אלא למעשה, הדרך היחידה לכך.¹⁵ בכך מסופק הן האינטרס של בעלי המניות לפיצוי בגין הנזק שנגרם להם והן האינטרס של הרתעת הנתבעים הפוטנציאליים, היודעים כי הם עלולים להיתבע לפצות את בעלי המניות בגין הנזק שגרמו.¹⁶

היטיבה לבטא זאת השופטת שטרסברג-כהן, באומרה:

התובענה הייצוגית מהווה תפיסה חדשה לישוב סכסוכים, כלכליים בעיקרם, אשר בצידם האחד עומד יחיד המייצג ציבור גדול ואנונימי של נפגעים. התובענה הייצוגית בניירות ערך נועדה לקדם יעדים מהותיים חברתיים וכלכליים. מטרתה לאפשר לנציג של קבוצת מחזיקי ניירות ערך שסבלו נזק כלכלי כתוצאה מניהול בלתי תקין ובלתי הוגן של חברות ציבוריות, לייצג את היחידים שנפגעו ולהביא את ענייניו, יחד עם עניינם, לפני בית המשפט. היא נועדה להביא להגברת הפיקוח על נושאי המשרה ובעלי השליטה בחברות ולקדם אכיפתן של הוראות החוק לשם השרשתן של נורמות הגינות ויושר בפעילות בשוק ההון.¹⁷

בדומה לכך קובע הנשיא ברק:

אמת המידה אשר צריכה להדריך אותנו היא זו המבטאת את התכלית המונחת ביסוד התובענה הייצוגית: הגנה על אינטרס הפרט ואכיפת החוק לטובת הכלל, תוך מניעת תביעות סרק. במצב דברים זה על בית המשפט לגלות מודעות לתובענה הייצוגית. אין לראות בתובענה הייצוגית מכשיר 'מונסטרוזי' (כביטוי של השופט לומברד בפרשת *Eisen v. Carlisle & Jaccuelin* (1968), at 572). אין להרתיע תובעים תמימים משימוש בתובענה הייצוגית. יש לראות בה מכשיר משפטי-חברתי המגן על הפרט והכלל.¹⁸

- 15 ראו גם *In re Mercedes-Benz Antitrust Litigation*, 213 F.R.D. 180, 191 (2003).
- 16 ההרתעה מכוונת לכל מי שנמצא במצב שהתנהגות לא נאותה מצדו עלולה לגרום נזק לאחרים. בכך משרתת התובענה הייצוגית גם את האינטרס הציבורי לניהול תקין של שוק ההון. ראו גם דברי ההסבר לסעיף 35 להצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 8), התשמ"ז-1987, ה"ח 282.
- 17 רע"א 8332/96, 8377/96, 8268/96 שמש נ' רייכרט ואח', פ"ד נה(5) 276, 307 – 308. ראו גם מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ ואח', לעיל הערה 14, בע' 237; Elliott J. Weiss & John S. Beckerman "Let the Money Do the Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Actions" 104 *Yale L.J.* (1995) 2053, 2058.
- 18 רע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', פ"ד מט(5) 774, 791. הדברים צוטטו שוב על ידי הנשיא ברק בפסק דינו בעניין שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 325.

יתרון נוסף של התובענה הייצוגית נעוץ בכך שהיא מונעת ריבוי תביעות, ובכך חוסכת הוצאות רבות וזמן שיפוטי יקר.¹⁹ כמו כן, מאפשרת התובענה הייצוגית את פיזור עלויות התביעה בין כלל חברי הקבוצה שעשויים ליהנות מהגשתה.²⁰ נוסף לכך, נמנעת בדרך זו הסכנה של החלטות סותרות של בתי משפט שונים, שלפניהם היו מתבררות התביעות השונות אילולא אוחדו בתובענה הייצוגית.²¹

לתובענה הייצוגית חשיבות מיוחדת בכל הנוגע לתובענות המוגשות על ידי מחזיקי ניירות ערך בחברות ציבוריות. אכיפת הוראות החוק לגבי חברות אלה באמצעות המנגנון של התובענה הייצוגית יש בה כדי להגביר את האמון של המשקיעים בשוק ההון, שהוא הבסיס לקיומו של שוק ההון וליציבותו.²²

כנגד יתרונות אלה, ניתן להצביע על חסרונות מספר, הכרוכים בהגשת תובענה ייצוגית: תוצאות תביעתו של בעל המניות התובע מחייבות את בעלי המניות האחרים, שהוא שימש כנציגם. ניהול לא נאות של התביעה עלול אפוא לפגוע בבעלי המניות האחרים. תוצאות התובענה הייצוגית עשויות לחייב גם בעל מניות שלא ידע על הגשת התביעה. כנגד היתרון של חסכון בהוצאות ההתדיינות – עקב הגשת תובענה ייצוגית במקום תביעות אינדיבידואליות רבות – הועלתה הטענה, כי האפשרות להגשת תביעה כזו גורמת להגשת תביעות, שאילולא קיומה לא היו מוגשות באופן אינדיבידואלי.²³

כמו כן, התובענה הייצוגית אינה חוסכת בהכרח זמן שיפוטי, לאור המורכבות של

19 על אף שלכאורה נפגעת בכך זכותו של כל אחד מחברי הקבוצה המיוצגים שיהיה לו יומו בבית המשפט, הרי שאין להתייחס לכך כפגיעה, לאור העובדה שהאינטרס שלהם מיוצג בידי התובע המייצג. עם זאת, אין להתעלם מהייחודיות של הייצוג בהקשר זה, המתבטא בכך שהמייצג אינו נבחר על ידי חברי הקבוצה המיוצגים. ראו גם Fiss, *supra* note 14, at p. 25. לעילות האדמיניסטרטיביות של התובענה הייצוגית ראו גם Newberg on Class Actions (4th ed, 2002) §5.46.

20 ראו גם Fiss, *supra* note 14, at p. 24.

21 ראו גם דברי הנשיא ברק בכל הנוגע לתכלית החוק בעניין אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ ואח', לעיל הערה 14, בע' 256.

22 ראו גם דברי ב"כ היועץ המשפט לממשלה, גב' ט' ששון, כפי שהם מצוטטים על ידי הנשיא ברק בעניין טצת, לעיל הערה 18, בע' 785, ולפיהם: "בכך, בנוסף להגנה על משקיעים ספציפיים והטבת נזקם כאמור, יש כדי להשיג תכלית רחבה יותר והיא, הגברת אמון הציבור בשוק ההון ובכך יש כדי לתרום ליציבותו". ראו גם נ' שר "דיני ניירות ערך – מגמות מרכזיות" עיוני משפט כב (1) (התשנ"ט) 265, 276. תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, שנועד לרכז את מכלול המקרים שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית בחוק אחד, קובע כי בהחלטתו אם לאשר הגשה של תובענה ייצוגית "יתחשב בית המשפט, בין היתר, במידת החשיבות הציבורית של בירור התובענה" – סעיף 7 לתזכיר. לאור החשיבות הציבורית שבהגשת תובענות ייצוגיות בתחום של ניירות ערך, הרי שעל בתי המשפט לאשר הגשת התובענות הייצוגיות מקום שמתמלאים התנאים הדרושים לכך.

23 K.W. Dam "Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest" 4 *J. of Legal Studies* (1975) 47, 52.

תביעה כזו והצורך להיכנס במסגרתה גם לזכויות האינדיבידואליות של בעלי המניות המיוצגים, כגון לגובה הפיצוי המגיע לכל אחד מהם בגין הנזק שנגרם לו.²⁴ נוסף על כך, קיימת סכנה של שימוש לרעה באפשרות התובענה הייצוגית. ניתן להשתמש בהליך זה כאמצעי סחיטה של הנתבעים הפוטנציאליים, שיעדיפו לשלם סכום כלשהו לבעל המניות המאיים לתבוע בתובענה ייצוגית, כדי למנוע את הסיכון של חיובם כלפי בעלי מניות רבים, ואת הצורך בניהול הגנה משפטית בתביעה, וזאת אפילו הם סבורים כי אין מקום להטיל עליהם אחריות.²⁵ בארצות הברית הוגשו תביעות במקרים רבים מספר ימים לאחר עליה או ירידה חדה (של 10% ומעלה) במחיר המניות, בלי לבדוק בדיקה ממשית אם אכן יש בכך כדי להצדיק עילת תביעה.²⁶ מחקר שנעשה בארצות הברית הראה כי 70% מכלל התובענות הייצוגיות שהוגשו הסתיימו בפשרה מחוץ לבית המשפט. בתביעות האחרות שהתבררו בבית המשפט כמעט תמיד זכתה החברה.

24 ראו גם דבריו של השופט Weinstein:

“On balance there is loss of court time. Matters which would not have been litigated can now be brought to court. Actions are more complex and there is additional responsibility on the courts to protect absent class members” – J.B. Weinstein “Some Reflections on the ‘Abusiveness’ of Class Actions” 58 **F.R.D.** (1973) 299, 300

25 ראו גם: ע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, 323; טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 586; אנליסט אי.אמ.אס ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ ואח', לעיל הערה 14, בע' 256; ת"א (ת"א) 2512/99 מחשבה יעוץ וניהול בע"מ נ' ויטלגו מפעלי טכסטיל בע"מ ואח', תק-מח 2003(2) 591; ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי תופיק ואח', פ"ד נו(4) 673, 690; Jill E. Fisch “Class Action Reform: Lessons from Securities Litigation” 39 **Ariz.L.Rev.** (1997) 533, 535; Julia C. Kou “Closing the Loophole in the Private Securities Litigation Reform Act of 1995” 73 **N.Y.U.L.Rev.** (1998) 253, 254; Note “Investor Empowerment Strategies in the Congressional Reform of Securities Class Actions” 109 **Harv.L.Rev.** (1996) 2056 מגיעים הצדדים לפשרה עוד לפני הדיון באישור התובענה הייצוגית, והצדדים מגישים את הפשרה לאישור בית המשפט כדי לגרום למעשה בית דין. כך המצב בארץ וכך גם בארצות הברית. ראו לעניין זה: John C. Coffee “The Corruption of the Class Action: The New Technology of Collusion” 80 **Cornell L.Rev.** (1995) 851, 853 ראו גם: א' קלמנט “גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות” משפטים לד (התשס"ד) 301, 332 – 331.

26 Weiss & Beckerman, *supra* note 17, at p. 2087; Joel Seligman “The Merits Do Matter: A Comment on Professor Grundfest’s “Disimplying Private Rights of Action Under the Federal Securities Laws: The Commission’s Authority” 108 **Harv.L.Rev.** (1994) 438, 442; Douglas C. Buffone “Predatory Attorneys and Professional Plaintiffs: Reforms Are Needed to Limit Vexatious Securities Litigation” 23 **Hofstra L. Rev.** (1995) 655, 663

עובדות אלה מחזקות את הדעה שחלק גדול מתביעות אלה היה חסר בסיס ולא היה לו סיכוי להצלחה במשפט.²⁷ במלים אחרות הפשרה במקרים אלה הושגה אך ורק מתוך כוונה של החברה להימנע מהוצאות המשפט הכבדות הכרוכות בניהול התביעה. מחקר אחר, שנעשה אף הוא בארצות הברית, מצביע על כך שרק חלק מזערי מהמקרים – 5% או פחות – מגיע לפסק דין.²⁸ מרבית המקרים מסתיימים בפשרה עוד לפני הגשת כתב תביעה לבית המשפט. במקרים רבים הפשרה נועדה לחסוך את עלויות התביעה של הנתבעים, והיא אינה מלמדת על קיומה של עילת תביעה, שהיתה מצדיקה פסק דין נגד הנתבעים. תביעות כאלה אינן משרתות כל אינטרס, לא את האינטרס של פיצוי ולא את האינטרס של הרתעה. יש בהן כדי לגרום נזק לא רק לנתבעים במקרה הספציפי, אלא למשק בכללותו, שכן כרוך בהן בזבוז משאבים והן גורמות לעליית מחיר הפרמיות של ביטוח החברות ונושאי המשרה שלהן.²⁹ הניסיון, בעיקר בארצות הברית, שבה מפותחת מאוד התובענה הייצוגית, מלמד כי מרבית התביעות מוגשות מכוח יוזמה של עורכי דין, שמחפשים את התובעים בעלי הכשירות המתאימה להגשת תביעה בשמם. עורכי הדין מונעים, כמובן, מתוך האינטרס האישי שלהם לשכר טרחה גבוה ולא מתוך כוונה לשמירת האינטרסים של הנפגעים.³⁰

קיימת גם סכנה של קנוניה לאחר הגשת התביעה, שלפיה יקבל התובע פיצוי כספי או אחר מהנתבעים, תמורת הסכמתו לסיים את התביעה בצורה המיטיבה עם הנתבעים ופוגעת בבעלי המניות האחרים.

בעיה נוספת הקשורה לסיום התובענה נובעת מהאינטרס שעשוי להיות לעורך הדין, המייצג את התובעים בתובענה הייצוגית, לסיים את התביעה בקבלת סכום נמוך מזה שבעלי המניות המיוצגים היו ראויים לו מתוך שיקולים אישיים שלו, כגון כמות

27. Buffone, *ibid*, at p. 670.

28. Janet Cooper Alexander "Do the Merits Matter: A Study of Settlements in Securities Class Actions" 43 *Stanford L. Rev.* (1991) 497. המסקנה שאליה מגיע מחקר זה היא שגובה הפשרה אינו מושפע מחוזקה של התביעה לגופו של עניין. המאמר מצביע על המניעים של כל הגורמים המעורבים בתובענה הייצוגית להגיע לפשרה. כיוון שהצדדים יודעים שהמקרה לא יוכרע לגופו של עניין, אלא יסתיים בפשרה, הרי שהמו"מ לצורך הפשרה מתבסס על גורמים שאינם קשורים לסיכויי הצלחתה של התובענה.

29. טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 785; תנובה מרכז שיתופי לשיוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי תופיק ואח', לעיל הערה 25, בע' 690.

30. ראו Weiss & Beckerman, *supra* note 17, at pp. 2059-2063 ראו הביקורת שהושמעה כנגד טעון זה, לפיה אין למצוא פסול במוטיבציה של עורכי הדין לחפש בעלי מניות מתאימים להגשת התביעה בשמם, באשר יש בכך כדי לקדם את המטרה של האכיפה הפרטית באמצעות התובענה הייצוגית – "Investor Empowerment Strategies in the Congressional – Reform of Securities Class Actions" 109 *Harv.L.Rev.* (1996) 2056,2060-2061.

העבודה שיהא עליו להשקיע לעומת תוספת השכר הצפויה לו עקב כך.³¹ עורכי הדין עשויים להעדיף פשרה, גם כאשר זו אינה משקפת באופן ראוי את גובה הנזק שנגרם לחברי הקבוצה, על פני ניהול התביעה, שכן הפסד בתביעה עלול להשאירם ללא כל פיצוי על השקעתם בהכנת התיק. כמו כן, יש להיות ערים לכך, שעורך הדין המייצג את בעלי המניות בתובענה ייצוגית אינו נתון לפיקוח, דוגמת זה שנתון לו עורך דין המייצג תובע בתביעה אישית, ועל כן ביכולתו להסכים לפשרה עם הנתבעים גם בסכום נמוך מהראוי.³²

הדין, המאפשר הגשת תובענה ייצוגית, חייב להיות ער לסכנות אלה ולנקוט צעדים להגן על אלה הכפופים לתוצאות ההתדיינות בלי שנטלו בה חלק, באמצעות הסדרים חקיקתיים. אכן, השימוש לרעה במכשיר של תובענה ייצוגית בארצות הברית גרם לחקיקתו בשנת 1995 של חוק שנועד להקטין את הסיכונים האמורים – The Private Securities Litigation Reform Act of 1995.³³ הדברים הבאים שנאמרו על ידי התומכים בחוק משקפים היטב את הצורך לנקוט אמצעים למניעת הסיכונים של ניצול לרעה של מכשיר התובענה הייצוגית:

- 31 השוו דברי השופט Friendly בעניין *Saylor v. Lindsley*, 456 F. 2d 896, 900-901 (1972):
 “Counsel’s financial interest is in the amount of the award to him less the time and effort needed to produce it. A relatively small settlement may well produce an allowance bearing a higher ratio to the cost of the work than a much larger recovery obtained only after extensive discovery, a long trial and an appeal. The risks in proceeding to trial vary even more essentially. For the plaintiff, a defendant’s judgment may mean simply the defeat of an expectation, often of relatively small amount; for his lawyer it can mean the loss of years of costly effort by himself and his staff”. דברים אלה נאמרו לגבי תביעה נגזרת, אולם הם יפים גם לגבי תובענה ייצוגית. ראו גם Weiss & Beckerman, *supra* note 17, at p. 2065. וכן קלמנט, לעיל הערה 25, בע’ 325 – 329.
- 32 היות שהפיצוי לכל אחד מבעלי המניות הוא בדרך כלל קטן, אף אחד מהם אינו מעוניין להקדיש את הזמן והמאמץ, הדרושים לצורך פיקוח על עורך הדין. ראו לעניין זה גם: S.R. Lazos “Abuse in Plaintiff Class Action Settlement: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations” 84 *Mich. L. Rev.* (1985) 308, 319; Weiss & Beckerman, *supra* note 17, at pp. 2064-2066; Kou, *supra* note 25, at p. 261.
- 33 להסדרים שקבע החוק ראו להלן. לחוק יש חשיבות היסטורית מיוחדת, מעבר להסדרים הכלולים בו, בכך שהיתה זו הפעם הראשונה שהקונגרס ביטל וטו של הנשיא קלינטון. ראו לעניין זה G. P. Hansel “Limiting Shareholder Class Actions: The Private Securities Litigation Reform Act of 1995” 70-*AUG Fla.B.J.* (1996) 60. כדי לרכז את התביעות הייצוגיות בחברות נסחרות בבתי משפט פדרליים חוקק ב-1998 חוק נוסף Securities Litigation Uniform Standards Act of 1998. ראו לעניין זה Thomas Lee Hazen *The Law of Securities Regulation* (4th ed., 2002) §12.15[2].

The private securities litigation system is too important to the integrity of American capital markets to allow this system to be undermined by those who seek to line their own pockets by bringing abusive and meritless lawsuits.³⁴

3. התובענה הייצוגית בדין הישראלי

התובענה הייצוגית התפתחה בארץ בשנים האחרונות כמכשיר לאכיפה פרטית.³⁵ החוק הישראלי הקנה את הזכות להגיש תובענה ייצוגית במספר חוקים, שהמשותף להם הוא האפשרות לגרירת נזק לקבוצה גדולה של נפגעים והרצון להקנות לפרט שנפגע את זכות התביעה לשם אכיפת הנורמות שנקבעו על ידי המחוקק. כך הוקנתה זכות כזו בחוק ניירות ערך,³⁶ בחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992,³⁷ בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981,³⁸ בחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996,³⁹ בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981,⁴⁰ בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981,⁴¹ בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988,⁴² בחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994⁴³ ובחוק החברות, התשנ"ט-1999.⁴⁴

- 34 Hansel, *ibid*.
- 35 ע"א 1977/97, רע"א 2825/98 ברזני נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ואח', פ"ד נה(4) 584, 608-609; דנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ ואח', פ"ד נו(6) 385, 433; מ' אגמון וד' לחמן-מסר "תיאוריית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש" משפטים כו (התשנ"ו) 543, 577; א' חביב-סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש (התשנ"ט, כרך א') 557; S. Goldstein "Class Actions in Israel" 13 *Int. Cong. Comp. Law* (1990) 45, 65. השוו גם בארצות הברית: "Securities Law Update Class Action Defense" Alfred J. Lechner, 1385 *PLI/Corp* (2003) 921, 926; Buffone, *supra* note 26.
- 36 פרק 1ט לחוק, שהוסף בשנת 1988. ההוראות הרלוונטיות בחוק ניירות ערך הוחלפו בהוראות חוק החברות, כמבואר להלן.
- 37 סעיפים 10 – 14 לחוק.
- 38 פרק ו' לחוק, שהוסף ב-1994.
- 39 סעיף 11 לחוק.
- 40 פרק ה' לחוק, שהוסף ב-1997.
- 41 פרק ג' שהוסף באמצעות חוק תובענות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996.
- 42 פרק ו' שהוסף באמצעות חוק תובענות ייצוגיות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996.
- 43 סעיף 41 לחוק, קובע לאחר תיקונו בהתשנ"ט כי: "בעל יחידה רשאי לתבוע, בשם קבוצת בעלי יחידות, את מנהל הקרן, הנאמן, דירקטור של אחד מהם או חבר ועדת דירקטוריון בשל כל עוולה על פי חוק זה ויחולו על התביעה הוראות סימן ב' לפרק השלישי בחלק החמישי לחוק החברות, התשנ"ט-1999, בשינויים המחוייבים".
- 44 סעיפים 207 – 218 לחוק.

הסדרים מיוחדים אלה התבקשו לאור הפרשנות הצרה שניתנה על ידי בתי המשפט לתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984,⁴⁵ המקנה זכות להגשת תובענה ייצוגית, ולפיה:

- (א) היה מספר המעוניינים בתובענה אחת גדול, יכולים מקצתם – לבקשת תובע אם הם תובעים, או לבקשת תובע או נתבע אם הם נתבעים, וברשות בית המשפט או הרשם – לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים; לא ידעו המעוניינים האחרים על דבר התובענה, יודיע להם בית המשפט או הרשם על הגשתה בהמצאה אישית, או במודעה פומבית אם ההמצאה האישית אינה מעשית מכל סיבה שתיראה לבית המשפט או לרשם, ככל שיורה בית המשפט או הרשם בכל מקרה ומקרה.
- (ב) כל מי שמיוצג בתובענה כאמור בתקנת משנה (א) רשאי לבקש מבית המשפט או מהרשם לעשותו בעל דין בה.

על משמעות הביטוי "בתובענה אחת" שברישא של התקנה ניתן ללמוד מתקנה 21 לתקנות סדר הדין האזרחי, שנוקטת אף היא לשון זו, ולפיה:

מותר לצרף בחזקת תובעים בתובענה אחת את כל הטוענים לזכות סעד – בין ביחד, בין לחוד ובין לחלופין – בשל מעשה אחד או עסקה אחת או סדרה אחת של מעשים או עסקאות או כתוצאה של אחד מאלה, ושאלו הגישו תובענות נפרדות היתה מתעוררת בהן שאלה משותפת, משפטית או עובדתית.

מכאן ניתן ללמוד, שתנאי להגשת התובענה הייצוגית הוא השיעור של מספר הטוענים לזכות לקבלת סעד בשל מעשה אחד או סדרת מעשים או עסקאות או כתוצאה של אחד מאלה, ושאלו הגישו תביעות נפרדות היתה מתעוררת בהן שאלה משפטית או עובדתית משותפת.⁴⁶ כאשר מספר בעלי המניות בעלי הזכות לתביעה בגין אותו מעשה או סדרת מעשים אינו כה גדול, כך שניתן לצרפם לתביעה אחת, אין מקום להגשת תובענה ייצוגית, אלא לצירוף כל המעוניינים בתביעה אחת. בדרך זו נמנע הסיכון שבעל מניות אחד – שמגיש את התביעה – מחייב את האחרים בתוצאות ההתדיינות שנוהלה על ידיו. התובענה הייצוגית נועדה אפוא לאותם מקרים שבהם מספר המעוניינים הוא גדול, כך שאין זה מתקבל על הדעת לצרפם לתובענה.

45 להתפתחות שחלה במשפט האנגלי בכל הנוגע לתקנה המקבילה ראו מ' טלגם "תובענה ייצוגית – יישומים בפסיקה בישראל" המשפט 11 (2001) 14, 19.

46 ראו גם ס' גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה" משפטים ט (התשל"ח-התשל"ט) 432, 416, 433. השוו גם באנגליה: R.S.C. Ord. 15, r. 12(1) ובארה"ב: Federal Rules of Civil Procedure, rule 23.

בית המשפט העליון בשנת 1969 בעניין פרנקישה⁴⁷ צמצם את תחולת התקנה, בשוללו אפשרות להיזקק לה, כאשר הסעד המבוקש הוא פיצוי בגין נזק שנגרם לכל אחד מן המעוניינים בנפרד, בהבדל מפסק דין הצהרתי או מצו מניעה. פסיקה צרה זו, שלא היתה לה הצדקה,⁴⁸ שללה את האפשרות הלגיטימית להיזקק לתקנה 29 לצורך ניהול תביעות ייצוגיות בדומה לאלה האפשריות בארצות הברית על פי תקנה 23 לתקנות סדר הדין האזרחי הפדרלי (Federal Rules of Civil Procedure). לאור פרשנות צרה זו, בעלי מניות, שהיתה להם עילת תביעה בגין נזקים שנגרמו להם עקב מעשה אחד או סדרת מעשים אחת, יכולים היו מכוח תקנה 29 לתבוע בתובענה ייצוגית פסק דין הצהרתי או צו מניעה, אולם לא היה באפשרותם לתבוע פיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם בתביעה כזאת.⁴⁹

כדי לאפשר תובענה ייצוגית כזו הוסיף המחוקק את פרק ט' לחוק ניירות ערך, אשר קבע את הכללים להגשת תובענות נגזרות בחברות ציבוריות, שעליהן חל חוק ניירות ערך. על החשיבות המיוחדת של התובענה הייצוגית במסגרת דיני ניירות ערך עומד הנשיא ברק בעניין טצת:⁵⁰

תחום מובהק ליישומה של התובענה הייצוגית הוא דיני ניירות ערך. השיקולים המרכזיים המונחים ביסוד התובענה הייצוגית מונחים, בדרך כלל, גם ביסוד תכליתה של התובענה הייצוגית בתחום ניירות הערך. אכן, ניירות הערך מפוזרים בידי משקיעים רבים. כל מחזיק השקיע סכום קטן או בינוני לרכישת ניירות הערך. עם זאת, סך כל ההשקעה של הציבור בחברה עשוי להיות גדול. דרוש אפוא תובע ייצוגי שיתבע לא רק את זכותו שלו, אלא גם את זכותם (האישית) של כל אחד מבני הקבוצה כולה. לעתים קרובות הנזק לכל פרטי הקבוצה נגרם בשל מקרה

47 ע"א 86/69, 79/69 פרנקישה פלצאינדוסטרי מרקלה ושות' ואח' נ' רבינוביץ ואח', פ"ד כג(1) 645.

באשר לשאלת המשך תוקפה של הלכה זו ראו להלן טקסט בסמוך להערות 60 – 63.

48 ראו גם: גולדשטיין, לעיל הערה 46, בע' 434 – 437; ס' גולדשטיין "עוד בעניין תביעת ייצוג קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי" משפטים יא (התשמ"א) 412, 423 – 430; ס' גולדשטיין וי' עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א (התש"ס) 27, 30.

49 ראו גם פסק דינו של השופט Vinelott בעניין Prudential Assurance Co. v. Newman Industries, supra note 1, שהתיר תובענה ייצוגית לצורך פסק דין הצהרתי בגין תרמית שביצעו הדירקטורים בחברה, בהבדל מתביעת פיצויים עבור כלל בעלי המניות. בית המשפט לערעורים לא דן בשאלה אם יש מקום להבחנה זו בין סוגי התביעות לאור מסקנתו, כי אין לבעל מניות עילת תביעה בגין הנזק שנגרם לו בירידת ערך מניותיו עקב ביצוע תרמית כלפי החברה Prudential Assurance Co. v. Newman Industries, supra note 1, at pp. 366-367. לסקירת הדין האנגלי בסוגיה זו, ראו: K. Uff "Class, Representative and Shareholders' Derivative Actions in English Law" 5 Civil Justice Quarterly (1986) 50.

50 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18.

אחד ואחיד, או סדרת מקרים אחידה, כגון פרט מטעה בתשקיף. זאת ועוד: התביעה הייצוגית בתחום ניירות הערך – המעניקה תמריץ לבעל מניות "קטן" לתבוע ייצוגית את החברה ונושאי המשרה בה – מהווה מכשיר חשוב לאכיפת דיני ניירות הערך.⁵¹

ביסוד ההכרה באפשרות הגשת תובענה ייצוגית בחוק ניירות ערך עמדה מטרה חשובה נוספת והיא הגברת המסחר ההוגן בניירות ערך ואמון הציבור בו, ובלשונו של הנשיא ברק:

אכיפת הוראות החוק על ידי תובע פרטי, בשם הקבוצה, באה לשרת גם את אינטרס הציבור בתפקודו התקין של שוק ניירות הערך והאמון בו.⁵²

עם חקיקתו של חוק החברות הוסדר הנושא של תובענות ייצוגיות בחוק זה, שהוא בעל תחולה רחבה על כלל החברות, ובכך נפתח הפתח להגשת תובענות ייצוגיות גם בחברות שאינן חברות ציבוריות, אשר נכנסות לגדר תחולתו של חוק ניירות ערך.⁵³ שאלה חשובה, שלא נקבע לגביה הסדר בחוק החברות המקורי, היא, אם יש רלוונטיות למועד שבו קמה עילת התביעה לצורך הגשת תובענה ייצוגית על פי חוק החברות. מועד תחילתו של חוק החברות הוא 1.2.00. האם כל תובענה ייצוגית שמוגשת לאחר מועד זה יכולה להתברר על פי החוק החדש, או שמא התובענות הייצוגיות על פי החוק חייבות להתייחס לעילות תביעה שנעוורו לאחר תאריך תחילתו של החוק? חוק החברות המקורי לא נתן מענה לשאלה זו, בהבדל מחוק הגנת הצרכן שקבע הוראה מפורשת בכל הנוגע להגשת תובענה ייצוגית על פי חוק זה.⁵⁴ השאלה נדונה בבתי המשפט המחוזיים, שנחלקו לגבי פתרונה.

בעניין אלסינט קבע הנשיא מ' לינדנשטראוס כי ניתן להגיש תובענה ייצוגית על פי חוק החברות רק לגבי עילות תביעה שצמחו לאחר תחילתו של החוק. לדבריו:

תיקון של חוק הנותן זכות תביעה הוא תיקון מהותי, וככזה אין לו תחולה רטרואקטיבית. ניתן לקבוע כי הוראות החוק העוסקות בתובענות ייצוגיות, הינן הוראות חוק מהותיות ולכן חלות רק ממועד כניסת החוק לתוקף ואילך. אין לתת להן תחולה רטרואקטיבית לגבי מעשים שבוצעו

51 שם, בע' 786.

52 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ ואח', לעיל הערה 14, בע' 257.

53 חוק החברות מבטל את ההוראות של חוק ניירות ערך בעניין התובענה הייצוגית – סעיף 373(2) לחוק החברות.

54 סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), התשנ"ד-1994, קובע: "הוראות פרק ר' המובא בסעיף 1 לא יחולו בשל עילה שנוצרה לפני שעברו שלושה חודשים מיום פרסום חוק זה". ראו גם: ת"א (י-ם) 1279/96 גבעון ואח' נ' המרכז הרפואי שערי צדק ואח', דינים מחוזי לב(1) 711.

לפני כניסת החוק לתוקפו. הליך התביעה הייצוגית הוא הליך יוצא דופן שמקופלת בו, מעצם טיבו ומהותו, חריגה מהליכה בתלם הרגיל של בירור מחלוקות בבית המשפט. חריגה זו אינה יכולה להתפרש כעניין דיוני בלבד, אלא יש לראותה כעניין מהותי.⁵⁵

תביעות בגין עילות שקדמו לחוק תוגשנה לפי גישה זו בהתאם להוראות שנקבעו בחוק ניירות ערך בכל הנוגע להגשת תובענה ייצוגית. תביעות כאלה שמבוססות על עילות שנעורו לפני תחילתו של חוק החברות אפשריות רק בחברות ציבוריות, הכפופות להוראותיו של חוק ניירות ערך. תובענה ייצוגית בחברה פרטית אפשרית לפי קביעתו של השופט לינדשטראוס רק בגין עילה שצמחה לאחר תחילתו של חוק החברות. אולם, יש לזכור, כי במרבית המקרים תביעות ייצוגיות תוגשנה בחברות הציבוריות, עקב הדרישה למספר תובעים רב, שהוא המצדיק את הגשת התובענה כייצוגית. למסקנה שונה הגיע השופט עדיאל בפסק דינו בעניין קיבוץ אורים – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'.⁵⁶ לדבריו:

סעיף 373(2) לחוק החברות קובע: "פרק ט – בטל". משמעות הביטול היא, שמכניסת חוק החברות לתוקף, פרק ט לחוק ניירות ערך אינו קיים עוד. מכאן, שמי שמבקש לתבוע בתביעה ייצוגית הקשורה לני"ע, אינו פונה לפרק ט הנ"ל, אלא להוראות פרק ג' סימן ב' לחוק החברות, והוראות סימן זה תחולנה על תביעתו. החלת הסימן על עילות תביעה שנוצרו לפני כניסתו לתוקף יש בה משום החלת הסדר דיוני חדש, שאינו מעורר כל בעיה של חקיקה רטרואקטיבית. הסדר של תובענה ייצוגית אינו מקים עילה יש מאין. הוא מאפשר לכל תובע שיש לו עילה להיות מיוצג או לייצג אחרים בתובענה הנסמכת על עילה קיימת. הסדר זה אך מסיר את המחסום הדיוני שהציב פרק ט לחוק ני"ע בפני תביעות שעילתן נוצרה לפני 31.10.1988 ואין בו משום חידוש עילה. משבוטל הפרק כולו בוטל גם הסייג שבו, והדרך לשימוש במכשיר התביעה הייצוגית סלולה אף בפני מי שעילתו התגבשה לפני התאריך הנ"ל.⁵⁷

הגישה האחרונה עדיפה בעיניי על קודמתה. בהיות ההסדר בנוגע לתובענות ייצוגיות דיוני במהותו, אין מניעה מלהחילו גם על עילות תביעה שקדמו לחקיקתו.⁵⁸

- 55 ת"א (חי') 1318/99 אלסינט בע"מ ואח' נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ ואח', דינים מחוזי לב(7) 205, בפסקה 7 לפסק הדין.
- 56 ת"א (י-ם) 2376/00, בש"א 3515/00, דינים מחוזי לד(3) 242.
- 57 שם, בפסקאות 9 – 10.
- 58 השוו דברי השופט שטרסברג-כהן בעניין מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ ואח', לעיל הערה 14, בע' 251 – 252. הנשיא ברק מעורר את השאלה בעניין דרין, אולם אינו נוקט עמדה לגביה, לאור ההסכמה שהתשתית טרם החוק תשמש להכרעה באותו מקרה. לדבריו:

השאלה זכתה לפתרון בתיקון לחוק החברות שהתקבל במרץ 2005 ושהוסיף את סעיף 217א לחוק החברות,⁵⁹ ולפיו "הוראות סימן זה לא יחולו בשל עילה שנוצרה לפני יום כ' בחשוון התשמ"ט (31 באוקטובר 1988)".

התנאים להגשת תובענה ייצוגית אינם זהים בחוקים השונים, שקבעו זכות להגשת תובענה ייצוגית. ניתוח השוני בדרישות בחוקים השונים חורג ממסגרת הדיון כאן, שיתמקד בדרישות שמציב חוק החברות להגשת תובענה ייצוגית על ידי בעל מניות בחברה.

השאלה אם יש להמשיך לפרש את תקנה 29 בפירושו הצר שניתן לה בפסק דין פרנקישה, או שמא יש לפרש את התקנה באופן שאין היא מחייבת דרישה לסעד אחיד הועלתה לאחרונה בפסק הדין בעניין א.ש.ת.,⁶⁰ אולם לא נתקבלה הכרעה לגביה. השופטת שטרסברג-כהן, שהיתה בדעת מיעוט, קבעה כי אין לפרש את התקנה "כמחייבת דרישה לסעד אחיד לכל התובעים כפי שפורשה בהלכת פרנקישה, אלא יש ליתן לה פרשנות רחבה באופן שתותר הגשת תובענה ייצוגית, גם כשהסעד אינו אחיד, ובלבד שהתקיימו התנאים האחרים להגשתה".⁶¹ הנשיא ברק, שאף הוא היה בדעת מיעוט, הצטרף לנימוקיה של השופטת שטרסברג-כהן, ועל כן יש לראותו כמסכים לפרשנות הרחבה המוצעת על ידה. השופטת ביניש, שהיתה בדעת הרוב בפסק הדין, סברה אף היא כי יש להרחיב את ההלכה שנקבעה בפסק דין פרנקישה ולהכיר באפשרות התביעה על פי התקנה גם כאשר הסעדים של התובעים המיוצגים שונים.⁶² שופטי הרוב האחרים – אנגלרד ויש' לוי – לא נקטו עמדה בשאלה זו. שלושה מבין חמשת השופטים תמכו אפוא באפשרות להפעלת תקנה 29 גם כאשר אין זהות בסעדים שמתבקשים על ידי כל חברי הקבוצה, אולם לאור העובדה שדבריה של השופטת ביניש, שהיתה חלק משופטי הרוב, נאמרו כאוביטר, אין לראות את פסק הדין כקובע הלכה המבטלת את פסק דין פרנקישה. דעת הרוב בפסק דין א.ש.ת. סברה כי אין מקום לעשות שימוש בתקנה 29, לאור העובדה שהתקנה אינה כוללת תנאים חיוניים הנדרשים להתרת

"הערעור נטען ונדון על יסוד המצב החוקי בעת הגשת התביעה (טרם חקיקת חוק החברות). משכך, לא נידרש לטענה אפשרית בדבר תחולתם הרטרואקטיבית של דיני התובענה הייצוגית לפי חוק החברות, בהיותם דין פרוצדוראלי... באין חולק, התשתית הנורמטיבית טרם החוק היא שתשמש להכרעה במקרה שלפנינו" – דין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח', לעיל הערה 1, בפסקה 11.

- 59 סעיף 50 לחוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005.
- 60 לעיל הערה 14. במקרה זה נדונה הגשת תובענה ייצוגית על ידי חברות קבלניות, חברות העוסקות בהבאת עובדים זרים, קבלנים פרטיים ונוזקים לסעוד בגין החיוב שהוטל עליהם להפקיד ערבות בנקאית כתנאי לקבלת אשורות לעובדים זרים ובגין חילוט הערבות האמורה.
- 61 שם, בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.
- 62 שם, בפסקאות 4 ו-11 לפסק דינה של השופטת ביניש.

הגשתן של תובענות ייצוגיות ויש להפקיד את המלאכה בידי המחוקק.⁶³ קביעה זו עומדת להכרעה נוספת במסגרת דיון נוסף.

אם ייקבע כי ניתן לעשות שימוש בתקנה 29 לצורך הגשת תובענות ייצוגיות, כל עוד לא נחקק חוק כללי המסדיר את הנושא, עולה השאלה, האם כאשר לא מתמלאים התנאים להגשת תובענה ייצוגית על פי חוק החברות, כפי שאלה יפורטו להלן, פתוחה הדרך לתבוע על פי ההוראה הכללית הקבועה בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי? לדעתי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה. שותפה אני לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ ואח' כי התקנה שרירה וקיימת גם לאחר הסדרת הסוגיה של תובענה ייצוגית בחוקים ספציפיים לאור העובדה שהמחוקק לא ביטל אותה.⁶⁴ עם זאת, אני סבורה, כי באותם מקרים שבהם נקבע בחוק הסדר מפורש בעניין התנאים להגשת תובענה ייצוגית, קיימת תחולה בלעדית לתנאים אלה בהיותם דין מיוחד הגובר על דין כללי.⁶⁵ ההסדר של תקנה 29 ימשיך לחול במקרים שבהם לא נקבע הסדר סטטוטורי מיוחד. בכל הנוגע לדיני החברות, הסדיר המחוקק את הסוגיה של תובענה ייצוגית בחברות בהוראות מיוחדות וקבע את התנאים המוקדמים להגשת תביעה כזו, תוך התחשבות באינטרסים השונים בתחום זה. בכך התכוון החוק למצות את התנאים להגשת התביעה, ואין לעקוף תנאים אלה באמצעות היזקקות להוראה הכללית שמוצאת ביטוי בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי.⁶⁶

63 כמו כן סברה דעת הרוב באותו מקרה, כי לא התמלאו התנאים הדרושים להגשת תובענה ייצוגית. לדיון במשמעויות ובהשלכות של פסק דין זה ראו מ' קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים" דין ודברים א (התשס"ה) 449. בעקבות המלצת בית המשפט להסדר כללי של הנושא על ידי המחוקק, הוגשה ביוני 2003 הצעת חוק פרטית – הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ג-2003. לאחרונה פרסם משרד המשפטים את תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, שמטרתו להסדיר באופן כולל את הנושא.

64 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ ואח', לעיל הערה 14, בע' 236.
65 השאלה הועלתה על ידי השופטת שטרסברג-כהן, שהיתה בדעת מיעוט בעניין א.ש.ת., לעיל הערה 14, אולם לא ננקטה עמדה לגביה, כאשר לא היתה צריכה הכרעה באותו מקרה. ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן שם, בע' 253. כמו כן, הושארה השאלה פתוחה על ידי השופט ריבלין בע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787. לתמיכה בגישה השוללת את תחולת תקנה 29 באותם מקרים שהמחוקק הסדיר לגביהם את האפשרות לתובענה ייצוגית ראו ת"א (ת"א) 2355/01, בש"א 19980/01 שלומוביץ ואח' נ' ישראלכרט בע"מ ואח', דינים מחוזי לג(4) 750, תק-מח 2002(3) 650; ת"א (ת"א) 2157/99 סמואלס ואח' נ' עיריית רחובות, תק-מח 2000(2) 22164; ת"א (ת"א) 2738/99, בש"א 1753/00 שאבי ואח' נ' פלאפון תקשורת בע"מ, תק-מח 2002(3) 2019.

66 ראו, לעומת זאת, את החלטתה של השופטת ברון בעניין ת"א (ת"א) 1521/02, בש"א 8858/02 צאיג נ' בנק למסחר בע"מ בפירוק זמני ואח', תק-מח 2002(3) 7287, שלא שללה אפשרות כזו. השופטת קובעת כי השיקולים שהובילו אותה למסקנה בדבר אי אישור התובענה הייצוגית על פי

ב. מי מוסמך להגיש תובענה ייצוגית

האפשרות להגיש תובענה ייצוגית מוקנית מכוח חוק החברות ל"מי שלו עילת תביעה על פי כל דין הנובעת מזיקה לנייר ערך".⁶⁷ קיומה של זכות להגשת תביעה אישית הוא אפוא תנאי ראשוני להכרה בזכות להגשת תובענה ייצוגית.⁶⁸ התביעה מוגשת בשם "קבוצה שלכל אחד מן הנמנים עמה עילת תביעה הנובעת מאותה זיקה לנייר ערך".⁶⁹ המונח "זיקה" מוגדר לעניין זה כ"בעלות, החזקה, רכישה או מכירה".⁷⁰ הזיקה צריכה להתקיים במועד התגבשותה של עילת התביעה. על כן, בעל מניות שרכש את מניותיו

חוק החברות חלים גם על הבקשה החילונית של התובע להרשות לו לנהל את התביעה כתביעת ייצוג קבוצתית לפי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. ודוק, השופטת אינה דנה בשאלה בדבר האפשרות להגשת תביעה על פי תקנה 29 לאור קיומו של ההסדר המפורש בחוק החברות, אולם היא אינה שוללת עקרונית אפשרות כזו. לשאלה דומה בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות צרכניות ראו ס' דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ (התשס"ד) 299, 311 – 314.

67 סעיף 207(ב) לחוק החברות.

68 מטעם זה דחתה השופטת ברון בקשה לתובענה ייצוגית שהגיש בעל מניות בבנק למסחר בע"מ נגד הבנק, נושאי משרה ששירתו בו לפני קריסתו, רואי החשבון שלו והמפקח על הבנקים. השופטת קבעה כי בעל המניות שהגיש את הבקשה לא פירט בכתב התביעה נתונים בדבר היקף הנזק שנגרם לו עקב התמוטטות החברה. אין די בציון בכתב התביעה של שווי המניות ביום המסחר האחרון במניות הבנק, אלא היה על המבקש לפרט את הסכום ששילם עבור המניות, כדי שניתן יהיה לעמוד על הנזק שנגרם לו. בהיעדר נתונים כאלה בכתב התביעה, הרי שאין היא מגלה עילה, ועל כן, לא מתקיים התנאי הראשוני להגשת תובענה ייצוגית, דהיינו שלמבקש יש עילת תביעה אישית – צאיג נ' בנק למסחר בע"מ בפירוק זמני ואח', לעיל הערה 66. לביקורת על פסק הדין ראו להלן טקסט בסמוך להערות 142 – 147, השוו גם סעיף 35א(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, וכן פסק דינו של בית המשפט העליון שדן בתנאים לתובענה ייצוגית על פי סעיף זה בדיון נוסף בעניין ברזני נ' בזק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ ואח', לעיל הערה 35.

69 הסיפא של סעיף 207(ב) לחוק החברות. לביקורת על הדרישה לזוהת הזיקה ראו ס' גולדשטיין וי' עפרון "מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש" משפטים לב (התשס"ב) 461, 465. הביקורת מבוססת על כך ש"בקלות ניתן לחשוב על מקרים שבהם תקום עילת תביעה משותפת לרוכשי נייר ערך, שחלקם עדיין מחזיקים בו וחלקם כבר מכרוהו וספגו הפסדים בלתי מוצדקים. אל נוכח דרישת הסעיף ייאלצו המחזיקים להגיש את תובענתם הייצוגית בנפרד מחבריהם שאינם מחזיקים עוד בנייר הערך, בעוד שהתביעה עצמה נובעת מאותה עילה וודאי אף יתבקש אותו סעד". נראה לי, כי במקרה שמובא על ידי גולדשטיין ועפרון יעמדו המחזיקים בתנאי הקבוע בסעיף 207(ב) שלכל אחד מן הנמנים עם הקבוצה עילת תביעה הנובעת מאותה זיקה לנייר הערך. מכירת ניירות הערך על ידי חלק מחברי הקבוצה אין בה כדי לשנות את העילה המשותפת להם, שכן העילה צריכה לנבוע מאותה זיקה ואין רלוונטיות לשאלה אם זיקה זו מתקיימת גם בעת הגשת התביעה.

70 סעיף 207(א) לחוק החברות.

לאחר רכישת מניות השליטה בחברה אינו רשאי להגיש תובענה ייצוגית בעילה שרוכשי השליטה הפרו את חובתם לבצע הצעת רכש מיוחדת כנדרש בחוק.⁷¹ הדרישה לקיומה של "זיקה לנייר ערך" מחליפה את הדרישה שקדמה לה בחוק ניירות ערך להיותו של התובע "מחזיק בנייר ערך".⁷² שינוי זה נועד "להרחיב את הזכות לתביעה אישית כך שגם בעל מניות שחדל מלהחזיק במניות החברה יוכל לתבוע בגין מעשה ו/או מחדל כלשהו של החברה שאירעו במהלך התקופה שבה החזיק במניות וגרמו לו נזק באופן אישי".⁷³ המונח "נייר ערך" מוגדר בחוק בהגדרה מיוחדת לעניין סימן ב' שעוסק בתובענה ייצוגית כדלקמן:

"נייר ערך" – כהגדרת "ניירות ערך" בחוק ניירות ערך, ולרבות ניירות ערך המונפקים בידי הממשלה ואופציה או חוזה עתידי כהגדרתם בסעיף 64(ב) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994.⁷⁴

זוהי הגדרה רחבה, שלפיה כלולים במסגרת זו של "ניירות ערך" לא רק מניות, אלא גם כתבי אופציה. בכך הבהיר המחוקק מפורשות שאלה שעמדה לדיון בפני בית המשפט קודם לחקיקת החוק בדבר האפשרות של מחזיקי כתבי אופציה להיזקק לתובענה ייצוגית על פי חוק ניירות ערך. בית המשפט העליון השיב על שאלה זו בחיוב בעניין טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ ואח' נ' זת חברה לייעוץ כלכלי בע"מ ואח',⁷⁵ בדחותו את טענת טבע כי אופציות אינן בגדר ניירות ערך. ההגדרה בחוק החדש אין בה אפוא שינוי של המצב המשפטי, אלא הבהרתו. החוק מפנה להגדרת "אופציה" ו"חוזה עתידי" בחוק השקעות משותפות בנאמנות. מונחים אלה מוגדרים שם כדלקמן:

"אופציה" – התחייבות המקנה לרוכש אותה זכות לקנות או למכור את נכס הבסיס במחיר המימוש, או לקבל את ההפרש בין מחיר המימוש לבין שווי נכס הבסיס, והכל במועדים ובתנאים הנקובים באופציה;

71 ת"א (חי') 623/03, בש"א 7998/03 קלינברגר נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ ואח' (פסק דין מיום 26.12.04). הלכה זו תואמת את ההלכה שנקבעה קודם לחוק ברע"א 1701/93 טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' זת חברה לייעוץ כלכלי בע"מ ואח', פ"ד מז(5) 476. 72 סעיף 54 לחוק ניירות ערך. 73 קלינברגר נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ ואח', לעיל הערה 71, בפסקה 10 לפסק הדין. 74 סעיף 207 (א) לחוק החברות, כפי שתוקן על ידי סעיף 47 לחוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005. 75 לעיל הערה 71.

"חזזה עתידי" – התחייבות למסור או לקבל בעתיד הפרשי שער מטבע חוץ, הפרשי מדד, הפרשי ריבית, נכס או מחיר נכס, וזאת בכמות, במועד ובתנאים הנקובים בהתחייבות.

במסגרת המונח "נייר ערך" כלולות אפוא גם אופציות על מדד המעוף ואופציות על שערי מטבע זרים.⁷⁶

הזכות לקבלת מניה לאחר ששולמה תמורתה החוזית נכנסת אף היא להגדרה זו של "זיקה לנייר ערך".⁷⁷

מה דינם של מזמיני יחידות המורכבות ממניות ומאופציות שהזמנתם לא נענתה במלואה עקב חתימת יתר ויש להם טענות הנוגעות לסכומים שהוחזרו להם, שעל פיהן כספי המזמינים שהופקדו בחשבון נאמנות לא הושקעו באופן יעיל ולא התקבלה עבורם התשואה המירבית. האם יש לראות את תביעתם בכל הנוגע להפרת חובותיו של המציע על פי הוראות חוק ניירות ערך כתביעה שיש לה "זיקה לנייר ערך"? השופטת חיות השיבה בשלילה על שאלה זו,⁷⁸ בקובעה כי:

כפי שהובהר לעיל, עילות התביעה המשמשות בסיס לתביעה האישית, נשוא הבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית, נובעות כולן מן החובות, אשר לטענת המבקש, מוטלות על המשיבה כנאמנה של המזמינים, בקשר עם הסכומים שעליה להחזיר לידיהם בגין הזמנות שהושבו ריקם... מדובר בעילות תביעה אשר גם אם תהפוך ותהפוך בהן, אינן נובעות כלל מזיקה לנייר ערך, ולכל היותר, ניתן לומר כי מדובר בעילות שצמחו בהליך ההנפקה הנדונה ונובעות מהפרה נטענת של חובות המשיבה 1 כנאמנה של המזמינים בכל הנוגע לכספים שאותם עליה להחזיר להם בגין הזמנות שנדחו.⁷⁹

לדעתי, היה מקום ליתן פירוש רחב יותר מזה שנתנה השופטת חיות לביטוי "זיקה לנייר ערך" במקרה זה, וזאת לאור המטרה התחיקתית של החוק. מי שמפקיד כסף כדי לרכוש יחידות המורכבות ממניות ומאופציות מתכוון בכך לרכוש ניירות ערך בחברה. למפקיד כזה יש זכות לרכישת היחידות האמורות שמתננית בתנאי ההקצאה, וביניהם התנאי הנוגע לחתימת יתר. זיקה כוללת, כאמור, רכישה של נייר ערך. הזמנת היחידות והפקדת

76 כך גם נפסק עוד קודם לתיקון החוק בת"א (ת"א) 1203/02, בש"א 7608/02, 10415/02 אופמת השקעות בע"מ ואח' נ' קודסי, תק-מח 2004(2) 1423, וזאת לאור לשון ההגדרה שנקטה ברישא המונח "לרבות" וכן לאור התכלית החקיקתית של הוראות החוק.
77 קיבוץ אורים אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח', לעיל הערה 56, בפסקה 12 לפסק הדין.
78 ת"א (ת"א) 1808/00, בש"א 10167/00 הוכברג נ' בל"ל בטוחות (1983) בע"מ ואח', תק-מח 2002(2) 1441.
79 שם, בפסקה 13.

תמורתן הן הליכים שעולים כדי "רכישה". אין לפרש מונח זה בהקשר הנדון כמתייחס רק למקרים שהרכישה אכן התקיימה בסופו של הליך, אלא גם למקרים שבהם לא התבצעה הרכישה עקב תנאים שנקבעו בתנאי ההנפקה, כגון חתימת יתר, כאשר יש למי שביקש לרכוש את ניירות הערך ונקט צעדים לשם מימוש רצונו טענות משפטיות בגין נזק שנגרם לו עקב אופן ביצוע לא נאות של ההליך. דברים אלה מקבלים חיזוק במקרה דוגמת זה שהיה בפני השופטת חיות, שבו קיבל התובע חלק מניירות הערך שהוזמנו על ידו. במלים אחרות, התקיימה במקרה זה רכישה של ניירות ערך. העובדה, שהטענות שטען התובע התייחסו לאופן ההשקעה של הסכומים שהופקדו לשם רכישת היחידות שעולים על הסכומים שבהם התחייב בגין היחידות שקיבל בפועל ושהיה על החברה להחזירם עקב חתימת היתר, אינה משנה את היות עילת התביעה מעוגנת ברכישה של ניירות ערך. התוצאה של פסק דינה של השופטת חיות בהקשר זה היא מתן חסינות מתביעה לבנק במקרה כזה,⁸⁰ בניגוד למדיניות של החוק לאפשר תובענה ייצוגית במקרים כאלה, כמבואר לעיל.⁸¹

עילת התביעה המשמשת בסיס לתובענה הייצוגית יכולה להיות "על פי כל דין". ככך פתר המחוקק את חילוקי הדעות שנתגלעו בכל הנוגע לעילת התביעה האפשרית להגשת תובענה ייצוגית על פי הוראות חוק ניירות ערך, דהיינו, האם עילת התביעה חייבת לנבוע מחוק ניירות ערך עצמו או מכל דין. במהדורה הראשונה של ספרי, בעלי מניות בחברה – זכויות תביעה ותרופות, דגלתי בחלופה הרחבה וקבעתי כי "התובענה הייצוגית על פי חוק ניירות ערך אינה מצומצמת לעילות שמקורן בחוק ניירות ערך ובתקנותיו בלבד, אלא היא אפשרית לגבי עילות תביעה על פי כל דין".⁸² גישה זו התקבלה בסופו של דבר בבית המשפט העליון⁸³ לאחר שנתגלעו חילוקי דעות לגביה בפסיקה המחוזית.⁸⁴

80 זאת, לאור ההלכה השוללת אפשרות להיזקק לתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי.
 81 עוד קבעה השופטת חיות במקרה זה כי המבקש לא השכיל להראות סיכויים טובים לתביעתו (שם, בפסקה 20).
 כך שגם אם היה מדובר בתביעה הנכנסת למסגרת החוק, לא היה מקום לאשר את התביעה כיייצוגית.
 82 צ' כהן בעלי מניות בחברה – זכויות תביעות ותורפות (התשנ"ג) עמ' 333.
 83 רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ ואח', פ"ד נד(3) 247, 265; שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 305 – 309; דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח', לעיל הערה 1.
 84 תמכו בגישה זו בפסיקה המחוזית השופט טלגם בת"א (ת"א) 417/94, המ' 3092/94 דיצר ואח' נ' טיבון ויל אחזקות בע"מ ואח', דינים מחוזי לג(1) 201, השופט רביד בבש"א (י-ם) 5538/01, ת"א (י-ם) 3074/01 זמרוני ואח' נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, פ"מ תשס"א(2) 66, בפסקה 75; השופט גינת בת"א (נצ') 496/95, המ' (נצ') 6361/97, 1015/98, 1035/98 סבן נ' להב ואח', תק-מח 99(3) 914, בפסקה 32. יש מקרים שבהם השאלה לא הועמדה לדין, אולם היעדר השלילה של אפשרות התובענה הייצוגית במקרים כאלה, כשמקור העילות היה מחוץ לחוק ניירות ערך, מלמד על תמיכה בגישה הרחבה. כזה היה המצב בפסק דינה של השופטת שידלובסקי-אור בת"א (י-ם) 574/93 וינבלט נ' בורנשטיין בע"מ ואח', דינים מחוזי לג(1) 204, וכן

- הטעמים שעליהם היתה מבוססת הגישה הצרה, שייחודה את אפשרות התובענה הייצוגית לעילה שמקורה בחוק ניירות ערך בלבד, הם כדלקמן:
- א. התובענה הייצוגית מתנגשת עם מאפייני ההליך השיפוטי האדברסרי וחורגת מהעקרונות המקובלים של שיטת המשפט. היא פוגעת בדפוסי היסוד של דיני החוזים, דיני השליחות, דיני הראיות והנגישות לבית המשפט. ועל כן, יש לצמצמה ככל שניתן.
 - ב. יש לשמור על הומוגניות חקיקתית. בחוקים אחרים שבהם הוכרה התובענה הייצוגית, היא הוגבלה לעילה הנובעת מאותו חוק.⁸⁵
 - ג. ייחוד העילה מהווה תנאי הכרחי לקידום היעילות הדיונית ופישוט הליך ההתדיינות. לפי גישה זו, העילות הקבועות בחוק ניירות ערך מקימות אחריות מוחלטת, לפיה עצם ההפרה של החבות ולא ההסתמכות עליה, היא אשר מקימה את עילת התביעה. עילות אלו שרכיביהן ניתנים להוכחה בקלות נועדו להבטיח יעילות דיונית. פרשנות שמאפשרת הגשת תובענה ייצוגית גם בהסתמך על עילות שאינן מעוגנות בחוק ניירות ערך, תאפשר הגשת תביעה גם בעילות כמו תרמית, הטעייה, מצג-שווא רשלני, שההסתמכות מהווה יסוד חיוני לגביהן ושהוכחתן מורכבת ומסורבלת. בכך תסוכל, לפי גישה זו, מטרת החוק שהיא מתן הגנה אפקטיבית ומהירה על המחזיק בנייר ערך.
 - ד. החוק נסב כולו סביב עצם ההחזקה בנייר ערך וכיוון שהחוק מצמצם את חוג התובעים הפוטנציאליים בתובענה ייצוגית למחזיקים בנייר הערך, הרי שיש לפרש את הסעיף כך שזכות התביעה מוקנית רק למחזיק מכוח העילות המצויות בחוק ניירות ערך.

הגישה הרחבה, שאומצה כאמור על ידי בית המשפט העליון ושהכירה באפשרות של הגשת תובענה ייצוגית על פי חוק ניירות ערך כאשר זו מושתתת על "כל עילה על פי כל

בפסק דינו של השופט וינוגרד בת"א (ת"א) 1117/94 גלובל ק.א. ניהול השקעות ויעוץ פיננסי בינלאומי בע"מ ואח' נ' חמישה יוד תכשיטנים תעשיות מתכת יקרות בע"מ ואח', דינים מחוזי כו(7) 138. גישה שונה נקטה השופטת פלפל בת"א (ת"א) 1365/95 לוי נ' לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ ואח', דינים מחוזי לב(1) 489, ובת"א (ת"א) 1064/97 חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח' נ' דרין, דינים מחוזי לג(1) 214.

85 כגון: סעיף 16 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, סעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, סעיף 11 לחוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996, סעיף 10 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, סעיף 41 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994, סעיף 35 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

דין", התבססה הן על לשון החוק והן על התכלית החקיקתית שלו.⁸⁶ הנימוקים התומכים בגישה זו הם כדלקמן:

- א. לשון סעיף 54 א קובעת בלשון ברורה כי מחזיק רשאי לתבוע "בשל כל עילה אשר בשלה יכול על פי דין התובע לתבוע". לשון רחבה זו מצביעה בביורור על כך שהמחוקק לא רצה להגביל את עילת התביעה לכזו שנובעת מחוק ניירות ערך.⁸⁷
- ב. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 54 א תומכת בפרשנות, לפיה אין התובענה הייצוגית מוגבלת לעילות מכוח חוק ניירות ערך. בהצעת החוק נקבע כי הזכות להגיש תובענה ייצוגית מוגבלת למקרה של "הפרה של הוראה מהוראות חוק זה או התקנות שהותקנו לפיו".⁸⁸ המחוקק בחר, בנוסח הסופי של החוק, לשנות את המוצע וקבע במפורש כי הזכות להגיש תובענה ייצוגית קיימת בשל כל עילה המוכרת על פי דין.
- ג. אין לקבל את הגישה כי התובענה הייצוגית אינה רצויה, ועל כן יש לצמצם את תחולתה. כפי שהובהר לעיל, ממלאת התובענה הייצוגית תפקיד חברתי-כלכלי חשוב, ועל כן אין הצדקה לצמצם את תחולתה לעילות הנובעות מחוק ניירות ערך, אלא להכיר באפשרות הגשת התביעה בגין כל עילה הקשורה לזיקה לניירות ערך.
- ד. הכרה בזכות להגיש תובענה ייצוגית בגין כל עילה מקדמת את היעילות הדיונית. היא מאפשרת ריכוז העילות בהליך אחד ומביאה בכך לחיסכון במשאבים. בדרך זו ניתן יהיה לדון בסכסוך "על כל היבטיו ופניו באופן מעמיק וכולל".⁸⁹
- ה. בתשתית דיני ניירות ערך וההחזקה בניירות ערך עומד חוזה בין החברה לבין המחזיקים בניירות הערך. מערכת יחסים זו עשויה להצמיח עילות תביעה על פי דיני החוזים, דיני הנזיקין, חוק עשיית עושר ולא במשפט, ועוד. על כן אין מקום לצמצם את הזכות להגשת תובענה ייצוגית לעילות שמקורן בחוק ניירות ערך.⁹⁰
- ו. לבית המשפט יש סמכות שלא לאשר הגשת תובענה בעילה שאינה ראויה להתברר במסגרת תובענה כזו. על כן אין הצדקה להגביל מראש ובצורה גורפת את האפשרות להגיש תובענה לעילות המבוססות על חוק ניירות ערך.⁹¹

כאמור, הבעיה אינה קיימת עוד לגבי תביעות המוגשות על פי חוק החברות. חוק החברות מכיר מפורשות בכך שעילת התביעה יכולה להיות מושתתת על כל דין ולאוו דווקא חוק החברות או חוק ניירות ערך. בכך לא שינה חוק החברות את המצב המשפטי שקדם לו. שינוי שנעשה בחוק החברות הוא הרחבת האפשרות להגיש תובענה ייצוגית

86 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 307 – 309.

87 ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 307.

88 סעיף 35 להצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 8), התשמ"ז-1987.

89 כדברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 308.

90 כדברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 309.

91 ש.ש. ש.ם.

לא רק לבעלי זיקה לניירות ערך של חברות ציבוריות, הכפופות לחוק ניירות ערך, כפי שהיה המצב לפני תחילתו, אלא לבעלי זיקה לניירות ערך של כלל החברות. הרחבה נוספת בהקשר זה של הסמכות להגיש תובענה ייצוגית היא הקניית האפשרות להגשת תובענה כזו גם לבעלי מניות של חברות ישראליות שניירות הערך שלהן נסחרים בחוץ לארץ. כאשר התובענה הייצוגית נסמכה על פרק 1ט בחוק ניירות ערך, נפסק בבית המשפט המחוזי בעניין אלסינט⁹² כי אין בעל מניות כזה מוסמך להגיש תביעה.⁹³ צמצום כזה אינו קיים עוד לאחר תחילתו של חוק החברות, המקנה את זכות התביעה לכל מי שיש לו עילת תביעה הנובעת מזיקה לנייר ערך. אין אפוא רלוונטיות לצורך חוק החברות לשאלה היכן נסחרים ניירות הערך.⁹⁴ מכוח ההוראה, המייחדת את הזכות לבקש הגשת תובענה ייצוגית למי שיש לו עילת תביעה הנובעת מזיקה לנייר ערך, נשללת זכותה של החברה לבקש, שתביעה שהוגשה כתביעה אישית תמשיך להתנהל כתובענה ייצוגית, עקב מספר בעלי המניות שזכאים להגיש תביעה בגין אותה עילה.⁹⁵

ג. התנאים לניהול התובענה הייצוגית

כדי למנוע שימוש לרעה במכשיר התובענה הייצוגית קובע החוק מנגנוני הגנה מיוחדים ובראשם קביעת תנאים מוקדמים להגשת התובענה.⁹⁶

- 92 אלסינט בע"מ ואח' נ' גדיש קרנות גמולים בע"מ ואח', לעיל הערה 55, בפסקה 5 לפסק הדין.
- 93 הנשיא לינדנשטראוס הסתמך על סעיף 40(א) לחוק ניירות ערך, שקבע את תחולתן של הוראות החוק שנקובות בו גם על חברות אשר ניירות הערך שלהן נסחרים בחו"ל, כאשר פרק 1ט לא צוין במסגרת זו. סעיף 40 בוטל באמצעות סעיף 5 לחוק ניירות ערך (תיקון מס' 20), התש"ס-2000, ס"ח 161. ההנמקה שניתנה בדברי ההסבר להצעת החוק לביטול היא "כי משקיע אשר בחר לרכוש ניירות ערך בשוק זר ולא בשוק הישראלי, קיבל על עצמו את ההגנות ואת מתכונות הדיווח הנהוגות באותו שוק זר" – דברי הסבר לסעיף 4 להצעת חוק ניירות ערך (תיקון מס' 20), התש"ס-2000, ה"ח 220.
- 94 לשאלה זו יש רלוונטיות בכל הנוגע לאפשרות לקבלת מימון מאת הרשות לניירות ערך בעקבות התיקון לחוק החברות שהתקבל במאוס 2005, כמבואר להלן בטקסט הסמוך להערה 360.
- 95 ראו, לעומת זאת, הכרה בארצות הברית בזכות כזו של החברה: **Van Gemert v. Boeing Co.**, 259 F. Supp. 125 (1966).
- 96 ראו, לעומת זאת, חוק החברות בניו-זילנד שמקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט בכל הנוגע לאישור התובענה הייצוגית, לאופן ניהולה, להסדר ההוצאות הכרוכות בתביעה ולאופן חלוקת הסכום שבו חוייבו הנתבעים בין התובעים המיוצגים ללא קביעה של הנחיות בנידון – Companies Act 1993 s. 173.

חוק החברות קובע כתנאי מוקדם לניהול התובענה הייצוגית את אישור בית המשפט.⁹⁷ כמו כן, מחייב החוק להודיע על הגשת התביעה ליועץ המשפטי לממשלה, וכאשר עילת התביעה נובעת מזיקה לנייר ערך המונפק בידי הממשלה, לאופציה או לחוזה עתידי או לנייר ערך של חברה ציבורית – גם לרשות לניירות ערך.⁹⁸ הרציונל של חובת ההודעה ליועץ המשפטי לממשלה נעוץ בסמכות הכללית המוקנית ליועץ המשפטי לממשלה להתייצב בכל הליך, כאשר הוא סבור כי יש בו עניין ציבורי. סמכות זו מעוגנת בסעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], הקובע:

ראה היועץ המשפטי לממשלה, כי זכות של מדינת ישראל או זכות ציבורית או עניין ציבורי מושפעים או כרוכים, או עלולים להיות מושפעים או כרוכים, בהליך פלוני שלפני בית משפט או לפני פקיד מסדר כמשמעותו בפקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין), רשאי הוא, לפי ראות עיניו, להתייצב באותו הליך ולהשמיע דברו, או להסמך במיוחד את נציגו לעשות זאת מטעמו.

חובת ההודעה לרשות לניירות ערך בדבר הגשת תביעה בחברה ציבורית נובעת ממעמדה של הרשות לניירות ערך כגוף שנועד להגן על המשקיעים בחברות הציבוריות ומסמכותה לתת מימון להגשת התובענה. חובת ההודעה לרשות תואמת את המדיניות של המחוקק להקנות מעמד לרשות לניירות ערך לגבי הליכים, שמעורבת בהן חברה שניירות הערך שלה הוצעו לציבור, כפי שהיא מוצאת ביטוי גם בסעיף 35טו לחוק ניירות ערך, הקובע חובת הודעה לרשות בדבר פנייה לבית המשפט על ידי נאמן לתעודות התחייבות – או על ידי אדם אחר – בהליך, שנאמן לתעודות התחייבות צד לו. כאמור, ניהול תובענה ייצוגית מותנה באישור מוקדם של בית המשפט, וזאת לאור תוצאותיה של התביעה, דהיינו, היות פסק הדין מעשה בית דין לגבי כל הנמנים עם הקבוצה, ושאותם ייצג התובע.⁹⁹

97 סעיפים 207(ב) ו-210 לחוק החברות. דרישה דומה היתה כלולה גם בחוק ניירות ערך, בסעיף 54ב. דרישה לאישור בית המשפט כלולה גם בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, בסעיף 2(ב). הכלל האמריקאי, שדורש אף הוא אישור מוקדם של בית המשפט לתובענה ייצוגית, מוסיף לכך:

“An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits”. – Federal Rules of Civil Procedure, rule 23(c)(1)

98 סעיף 208 לחוק החברות, כפי שתוקן בתיקון לחוק ממאוס 2005. תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, קובע הוראה כללית ולפיה “השר רשאי לקבוע חובת מסירת הודעה בדבר הגשת הבקשה לגוף או לבעל תפקיד שיקבע, בדרך ובצורה שיקבע” – סעיף 5(2) לתזכיר. ההסמכה של השר, במקום ציון בעלי התפקיד בחוק, נובעת מתחולת החוק על כל המקרים שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית.

99 סעיף 54א(ג) לחוק החברות. השוו בארה"ב: (3) Federal Rules of Civil Procedure, rule 23(c).

סעיף 210(א) לחוק החברות קובע כי:

בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם מצא כי, לכאורה, נתקיימו כל התנאים האלה....

החוק נוקט אפוא לשון "רשאי". על בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו ולהחליט אם לאשר את ניהול התובענה הייצוגית אם לאו.

בית המשפט העליון הכיר בחשיבותה של התובענה הייצוגית ובצורך להפעיל אותה בגמישות וביעילות וללא הוספת "דרישות מקדמיות לאישורן של תובענות ייצוגיות, העלולות לסרבלין הליך במקום ליעלו".¹⁰⁰ הנשיא ברק קובע כי:

את דיני התובענה הייצוגית שבחוק ניירות ערך יש לפרש על פי התכלית המונחת ביסודם. יש לעשות הכול כדי להגשים את המטרות המונחות ביסוד החקיקה, תוך שמירה על מנגנוני ההגנה אשר ימנעו ניצול התובענה הייצוגית לרעה. אכן, אין להתייחס אל התובענה הייצוגית כאל בן חורג, יש לראות בה אמצעי חשוב להגשמת זכות הפרט והכלל. עם זאת, יש לשמור מפני ניצול האמצעי הזה לרעה. מכאן חשיבותו הרבה של השלב הראשון בתובענה הייצוגית, שעניינו אישור (מלא או מותנה) של בית המשפט לתובענה הייצוגית. זהו הפרוזודור שבאמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין, הוא הדיון במשפט גופו. אין להפוך את הפרוזודור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו, להליך זה, להיות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית. עם זאת, ראוי לו להיות גורם השולל מתובעים בלתי ראויים את המשך התביעה הייצוגית.¹⁰¹

בדברים אלה בא לידי ביטוי הקונפליקט הטבוע באישור התובענה הייצוגית. מצד אחד, יש הכרה בחשיבות ובתועלת של הליך זה, ומהצד האחר קיים הסיכון של ניצולו לרעה, באופן שהוא עלול לגרום נזק. על סיכון זה עומד השופט טירקל, באומרו:

יש לזכור שעצם הגשתה של תובענה ייצוגית עלולה לפגוע בנתבע פגיעה אנושה ולערער את מצבו וממילא לפגוע גם במחזיקי ניירות הערך ואולי גם באחרים. מהלך שכזה כשלעצמו אינו דבר של מה בכך וראוי הוא, כבר בשלביו המקדמיים, לבדיקה זהירה וקפדנית, אפילו דוחה היא את מועד פתיחתו של המשפט.¹⁰²

100 ראו דברי הנשיא ברק בעניין טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 790.

101 שם, בע' 787.

102 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, לעיל הערה 25, בע' 333.

אישור בית המשפט להגשת תובענה ייצוגית מותנה בהוכחת חמישה תנאים מצטברים:¹⁰³

(1) נתקיימו יסודות העילה, ומקום שיסוד מיסודות העילה הוא נזק, די בכך שהתובע הראה לכאורה, לעניין הנזק, את נזקו הוא.¹⁰⁴

החוק אינו קובע הוראות מיוחדות בכל הנוגע לפירוט הנדרש בתובענה הייצוגית באשר לעילת התביעה. על כן, יחולו בעניין זה הוראות הדין הכללי, הקבועות בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.¹⁰⁵ מכוח תקנות אלה על כתב התביעה לכלול את "העובדות העיקריות המהוות את עילת התובענה ואימתי נולדה",¹⁰⁶ וכן "כל מקום שבעל דין טוען טענת מצג שווא, תרמית, זדון או השפעה בלתי הוגנת, ובכל מקרה אחר המזיק לפרטים, יפורשו הפרטים ותאריכיהם בכתב הטענות".¹⁰⁷

בית המשפט העליון הקל בהקשר זה עם התובע בתובענה הייצוגית, בקובעו, כי בשלב הראשון של הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, אין נדרש בכתב התביעה פירוט מדויק של הטענות המהוות את עילת התביעה. כך, למשל, דחה בית המשפט העליון את הטענה כי בהיעדר פירוט בדבר הפרטים המטעים שנפלו בתשקיף ובדו"חות החברה לא עמד התובע בתנאי תקנה 87 בקובעו:

בנסיבות העניין ובשלב הדיוני בו אנו מצויים אין להחמיר עם התובע על ידי הצבת דרישות פירוט דקדקניות. יש לראות בבקשה לאישור תובענה ייצוגית הליך הקרוב באופיו להליך ביניים, שבו מידת הפירוט הנדרשת נופלת מזו שבהליך העיקרי.¹⁰⁸

אין להסיק מכך כי אין צורך בפירוט מהות ההטעיה, אלא על בית המשפט לנהוג בגמישות בעניין זה. כאשר, כמו במקרה שנדון בעניין שמש נ' רייכרט ואח',¹⁰⁹ קיימת אפשרות קרובה לוודאי בדבר קיומם של פרטים בלתי נכונים במסמכי החברה ובדבר

103 תנאים אלה דומים בעיקרם לאלה שנקבעו בארה"ב ב-Federal Rules of Civil Procedure, rule-23(a).

104 סעיף 210(א)(1) לחוק החברות.

105 השוו דברי בית המשפט העליון בעניין שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 293 – 294. הדברים נאמרו שם בכל הנוגע להוראות חוק ניירות ערך. הוראות חוק החברות אינן שונות בהקשר זה מאלה שנקבעו בחוק ניירות ערך, ואף הן אינן קובעות דבר בכל הנוגע לפירוט בכתב התביעה. תקנה 11 לתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית) קובעת כי "בכל עניין של סדר דין בדיון בבקשה או בתובענה ייצוגית או בניהולן, שלא נקבע בתקנות אלה, יחולו הוראות תקנות סדר הדין האזרחי, בשינויים המחוייבים לפי העניין".

106 תקנה 9(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

107 תקנה 78 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

108 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 294.

109 לעיל הערה 17.

קיומם של זיופים בספרי החברה, אין לדרוש בשלב של הבקשה לאישור התובענה הייצוגית פירוט קונקרטי של הפרטים הבלתי נכונים והזיופים. תנאי זה מחליף את התנאי שנקבע בחוק ניירות ערך, ולפיו היה על התובע להוכיח כי קיימת אפשרות סבירה שהשאלות במחלוקת תוכרענה לטובת הקבוצה.¹¹⁰ השמטת התנאי האחרון מבטאת את המדיניות של המחוקק לעודד הגשתן של תובענות ייצוגיות. מכוח ההסדר שנקבע בחוק החברות, די לו לתובע כי יוכיח קיומה של עילת תביעה, ואין לדרוש ממנו בשלב זה של אישור התובענה להוכיח את סיכויי הצלחתה.¹¹¹ תנאי הדורש הכרעה מראש בשלב האישור כי יש סיכוי טוב שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה מחייב את בית המשפט לבדוק את טיבן של הראיות שבידי התובעים, האם יש בהן כדי לאפשר זכייה בתביעה. השמטת התנאי משמעותה שבית המשפט אינו צריך להיכנס לראיות שבידי התובעים. די בכך שלכאורה עומדות שאלות משותפות לקבוצה וכי זו הדרך המתאימה לדיון. לשאלה, אם ראוי להציב בשלב האישור דרישה להוכחת סיכויי הצלחתה של התביעה פנים לכאן ולכאן.

הנימוקים התומכים בהצבת דרישה כזו הם:

1. אין זה מוצדק לאפשר גרימת נזק לחברה בעצם אישור הגשת התובענה הייצוגית כאשר סופה של התובענה להידחות.¹¹²
2. אישור הגשת התובענה הייצוגית גורם לכך שהנתבעים יהיו מוכנים לסיים את ההליך בפשרה גם כאשר אין הצדקה לתביעה נגדם. אין מקום לאישור כזה, כאשר אין לתובע סיכויים להצליח בתביעה.¹¹³

110 סעיף 54ב(1) לחוק ניירות ערך. הוראה דומה היתה כלולה בטיזא של הצעת חוק תובענות ייצוגיות סעיף 8(א)(3): "קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות לקבוצה, כולן או חלקן, יוכרעו בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה", אולם היא הושמטה מהנוסח הסופי שמצא ביטוי בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005. בדברי ההסבר לסעיף 7(א)(1) נאמר כי "הוכחת העילה מתייחסת לצד המשפטי והעובדתי, והיא נעשית על בסיס טענות התביעה וההגנה, בשונה מהליך של סילוק על הסף, אשר נבחן על יסוד כתב התביעה בלבד וללא בדיקה של נכונות הטענות העובדתיות הכלולות בתביעה. ההוכחה הנדרשת כאן היא ברמה "לכאורית".

111 שמש נ' רייכרט, לעיל הערה 17, בע' 294.

112 *Dolgow v. Anderson* 43 F.R.D. 472, 501 (1968).

113 ראו דברי בית המשפט האמריקני בעניין *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp* 337 U.S. 541, 548 (1949), המצוטטים גם בעניין *Dolgow v. Anderson, ibid*, at p. 486: "Suits sometimes were brought not to redress real wrongs, but to realize upon their nuisance value. They were bought off by secret settlements in which any wrongs to the general body of share owners were compounded by the suing stockholder, who was mollified

3. מניעת המשך תובענה שאין סיכוי להצלחתה חוסכת את זמנם ואת כספם של הצדדים המעורבים.¹¹⁴
4. מניעת המשך תובענה כזו חוסך אובדן זמן שיפוטי מיותר.¹¹⁵

הנימוקים נגד הדרישה להוכיח בשלב זה של אישור התובענה הייצוגית את סיכויי התביעה הם כדלקמן:

1. אין מקום לדרוש ממגיש התביעה בשלב הראשוני להוכיח את טיב הראיות שלו, שהן הקובעות את הצלחת התביעה.¹¹⁶
2. הצבת התנאי של סיכויי התביעה, שנועדה לכאורה להגן על הנתבעים, בסופו של דבר פוגעת בהם. פגיעה זו נגרמת עקב כך שאישור התובענה בהתבסס על הערכת בית המשפט כי יש לתביעה סיכויים טובים להצליח גורמת לכך שהנתבעים יהיו מוכנים להגיע לפשרה עם התובעים גם במקרים שהם סבורים שאין לתביעה הצדקה.¹¹⁷

בעוד שבחוק ניירות ערך הוכרה דרישה כזו, היא נדחתה בחוק החברות.¹¹⁸ בהשמטת הדרישה להוכחת סיכויי התביעה הלך המחוקק הישראלי בעקבות הגישה המקובלת היום בארה"ב שלא לבדוק את סיכויי הצלחת התובענה במסגרת הדיון לאישור התובענה הייצוגית, וזאת בהבדל מהגישה של בתי המשפט שם בעבר.¹¹⁹

by payments from corporate assets. These litigations were aptly characterized in professional slang as strike suits”

114 ת"א (ת"א) 3006/00, בש"א (ת"א) 30363/00 דנוש ואח' נ' Chrysler Corporation ואח', תק-מח 2003 (4) 44, בפסקה 21 לפסק הדין.

115 D. M. Towns "Merit-Based Class Action Certification: Old Wine in a New Bottle" 78 *Vir.L. Rev.* (1992) 1001, 1011

116 ראו גם ס' דויטש, לעיל הערה 66, בע' 331.

117 ראו גם ג' לוטן וא' רו תובענות ייצוגיות (התשנ"ו, כרך א) 149.

118 ראו גם: ז' גושן "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית" משפטים לב (התשס"ב) 381, 413. ראו, לעומת זאת, גישתם של גולדשטיין ועפרון, המצדדים בקיומו של תנאי הבוחן את סיכויי התביעה – גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 48, בע' 39; גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 69, בע' 467 – 469.

119 Towns, *supra* note 115; *Gibbs Props. Corp. v. Cigna Corp.* 196 F.R.D. 430, 434 (2000) ראו גם גולדשטיין, לעיל הערה 48, בע' 413. גושן מסביר את הדין האמריקני כנובע מחוסר הסמכות של השופט לבדוק את סיכויי התובענה לאור הקניית הסמכות לקביעת ממצאים עובדתיים לחבר המושבעים, שם בע' 413 – 414.

יש הסוברים כי על אף היעדרה של דרישה בחוק להוכחת סיכויי התביעה, יש מקום להוסיף דרישה כזו כתנאי לאישור תובענה כייצוגית.¹²⁰ זו היתה עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן בכל הנוגע לאישור תובענה ייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן. לדבריה:

לעניין קלישותם של סיכויי התובענה, ראוי לציין כי בחוק הגנת הצרכן בניגוד לחוק ניירות הערך, אין דרישה להראות ש"קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות... יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה", ואולם אין ספק בעיני, כי אף מחוק זה מתחייבת שקילת סיכויי התובענה כחלק משיקול הדעת המופעל לצורך אישור התובענה כתובענה ייצוגית. בחינת סיכויי התובענה נעשית במסגרת בחינת הוגנות ההליך ונדרשת הוגנות הן כלפי תובעים פוטנציאליים לבל יחסמו מלתבוע אם התביעה הייצוגית נדונה לכישלון והן כלפי הנתבעים. ההשלכות הכלכליות הדרמטיות המגולמות בהחלטה בדבר אישור תובענה ייצוגית כנגד גוף כלשהו ובמיוחד גוף מסחרי כלכלי, עלולות להיות קשות והרסניות.¹²¹

הקביעה, כי על אף היעדרה של דרישה להוכחת סיכויי התביעה בחוק הגנת הצרכן יש להכיר בקיומה, עומדת בניגוד לכוונת מנסחי החוק אשר במתכוון השמיטו הוראה זו, כפי שעולה מהפרוטוקול של דיוני הכנסת.¹²²

זאת ועוד, שאלה היא אם דברי השופטת שטרסברג-כהן יפים גם לגבי חוק החברות, כאשר עמדו בפני המחוקק קודם לחקיקת החוק ההוראות של חוק ניירות ערך הנוגעות לתובענה הייצוגית שהוחלפו על ידי חוק החברות. בחוק ניירות ערך היתה כלולה הדרישה לבחינת סיכויי התביעה, וזו הושמטה מהדרישות לאישור תובענה נגזרת בחוק החברות. האם אין להסיק מכך כוונה של החוק להשמיט דרישה זו?¹²³

120 חביב-סגל, לעיל הערה 35, בע' 594 – 595.

121 רע"א 6567/97 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 719, 713. ראו גם דנוש ואח' נ' Chrysler Corporation ואח', לעיל הערה 114, בפסקה 21 לפסק הדין; ת"א (נצ') 749/97 ד' זילברשלג ואח' נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ ואח', תק-מח (2)98 2851.

122 ראו הציטוטים מהדיונים במאמרם של ס' גולדשטיין וי' עפרון, לעיל הערה 48, בע' 41 – 42.

123 השווה הביקורת שמוחת ס' דויטש על החלת דרישה זו על ידי הפסיקה לגבי תובענות ייצוגיות צרכניות למרות שהחוק לא אימץ את התנאי שהיה בהצעת החוק ולפיו "קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה" (סעיף 335(1) להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3), התשנ"ד-1994). בכך ביטא המחוקק כוונתו שלא לדרוש הוכחה לסיכויי הצלחה – דויטש, לעיל הערה 66, בע' 331 – 332.

בעניין זמרוני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, קבע השופט רביד כי על אף היעדרה של דרישה להראות סיכויים גבוהים לקבלת התביעה, יש להחיל דרישה כזו גם לגבי תובענה ייצוגית על פי חוק החברות.¹²⁴ לדבריו:

אמנם חוק החברות ביטל את הדרישה שהיתה קיימת בחוק ניירות ערך, להוכחת סבירות ההצלחה של התובענה, ודורש שבית המשפט יבחן אם נתקיימו יסודות העילה... אך לא ניתן לבחון אם נתקיימו יסודות העילה במנותק מבחינת סיכויי ההצלחה. ואכן, דרישה זו קיימת מכוח הלכה פסוקה, גם על חוקים העוסקים בתובענה ייצוגית שבהם לא מופיעה הדרישה להוכיח את סבירות הסיכוי להצלחה.¹²⁵

בדומה לכך קובע השופט יהונתן עדיאל בפסק דינו בעניין קיבוץ אורים אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל,¹²⁶ כי על אף אי הזכרתו של תנאי זה, בדבר סיכויי ההצלחה בחוק החברות, יש להכיר בקיומו גם בתביעה המוגשת על פי החוק. לדבריו:

אילו המבחן החל היה האם כתב התביעה מגלה על פניו עילת תביעה, כי אז לא היה כל טעם בקיומו של הליך נפרד לשם אישור התביעה כתביעה ייצוגית, שכן כתב תביעה כזה, שאינו מגלה על פניו קיומה של עילת תביעה, דינו להימחק על הסף מכוח תקנה 100 הנ"ל וללא קשר לאישורה או אי אישורה של התביעה כתביעה ייצוגית. מבחינה תכליתית, נתמכת פרשנות זו בכך שבניהול תובענה ייצוגית כרוכים גם סיכונים רבים לנתבע, שמא ייתבע לשווא, ויצטרך לנהל תביעת סרק על כל העלויות הגבוהות הכרוכות בניהול התובענה הייצוגית. קיים אפוא חשש כי מכשיר דיוני זה ינוצל בצורה מניפולטיבית כדי לסחוט פשרה מן הנתבע או להקשות עליו על מנת להשיג מטרה עסקית או משפטית אחרת. בחינת סיכויי התביעה באה לוודא כי אכן יש בה טעם ויש לה סיכוי ואין מדובר בהליך סרק.¹²⁷

עם כל הכבוד, בכל הנוגע לטעם הראשון שמביא השופט עדיאל, ניתן להשיב כי הצורך באישור התובענה הייצוגית נועד כדי לבדוק את מכלול התנאים הקבועים בחוק, ועל כן אין די בכך שכתב התביעה מגלה עילה כדי לייתר את הדיון בבקשה לאישור הגשת התובענה הייצוגית. בכל הנוגע לטעם המעוגן בתכלית, אכן זהו טעם בעל ערך, אולם, כנגדו עומדים טעמים אחרים, המצדיקים את שלילת הדרישה להוכחת סיכויי התביעה

124 לעיל הערה 84, בפסקה 67.

125 שם, בפסקה 75.

126 לעיל הערה 56.

127 פסקה 19 לפסק הדין.

בשלב הראשוני לאישורה, כמבואר לעיל. אין להתעלם מכך שבפני המחוקק עמדו הוראותיו של חוק ניירות ערך, וזה לא הכניס במסגרת החוק החדש את ההוראה הנוגעת להוכחת סיכויי התביעה.

נראה לי כי השמטת הדרישה להוכחת סיכויי התביעה נועדה למנוע את הצורך של התובע להציג בשלב מקדמי זה של ההליכים את הראיות להוכחת התביעה. עם זאת, התנאי הקבוע בחוק, שלפיו על התובע להוכיח כי נתקיימו יסודות העילה, מאפשר לבית המשפט שלא לאשר תובענה ייצוגית כאשר מכתב התביעה לא עולה לכאורה קיומה של עילת תביעה. מקובלת עלי גישתו של פרופ' סיני דויטש בהקשר זה, ולפיה ראוי להפוך את נטל הראיה בכל הנוגע לסיכויי הצלחת התביעה ולהעבירו לנתבע, באופן שיהא על הנתבע להוכיח שעל סמך הטיעונים והראיות שהוגשו, אין לתובענה סיכויי הצלחה.¹²⁸

כאשר אחד מיסודות עילת התביעה הוא נזק, קובע החוק כי די בכך שהתובע הראה לכאורה את נזקו הוא.¹²⁹ הוראה דומה היתה כלולה גם בחוק ניירות ערך.¹³⁰ מטרתה לאפשר את הגשת התובענה, גם כאשר התובע אינו יודע מהו הנזק שנגרם לחברי הקבוצה האחרים. המחוקק דחה אפוא את הפרשנות שנתנה הפסיקה לתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזורי, ששללה, כאמור, אפשרות להיזקק לתובענה ייצוגית על פי התקנה, אם היו הנזקים של הנפגעים, הנמנים עם הקבוצה, שונים.¹³¹ די בכך שיש שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה, ואין צורך בזהות הנזקים, שנגרמו לחברי הקבוצה.¹³² המחוקק בחר לא להתמודד עם שאלת אורח קביעתו של הנזק, שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה במסגרת חקיקה ראשית, והוא הסמיך את שר המשפטים "לקבוע הוראות בדבר דרכי הוכחת הנזק של כל אחד מן הנמנים עם הקבוצה".¹³³ העובדה כי טרם הותקנו תקנות אין בה כדי למנוע את הפעלת החוק.¹³⁴ בהיעדר תקנות על פי חוק החברות, נשארות בעינן התקנות שהותקנו מכוח חוק ניירות ערך והן תחולנה על חברות ציבוריות, כפי שיבואר להלן.¹³⁵

128 דויטש, לעיל הערה 66, בע' 332.

129 סעיף 210(א)(1) לחוק החברות.

130 סעיף 54(ב) לחוק ניירות ערך, שבוטל, כאמור, על ידי חוק החברות.

131 ראו לעיל טקסט בסמוך להערות 47 – 49.

132 גם בארצות הברית אין בשוני בגובה הנזק של חברי הקבוצה כדי למנוע אישור התובענה כייצוגית.

ראו, למשל, *Berwecky v. Bear, Stearns & Company, Inc* 197 F.R.D. 65 (2000). ראו

גם *Newberg, supra note 19, §3:16*.

133 סעיף 218(ב) לחוק החברות. הוראה דומה היתה כלולה בסעיף 54(ב) לחוק ניירות ערך, שבוטל,

כאמור, על ידי חוק החברות.

134 השוו קביעת בית המשפט המחוזי (השופט לויט) בת"א (ת"א) 11464/91 אקרמן ואח' נ' מיטלמן

ואח', דינים מחוזי לב(1) 361, בכל הנוגע להפעלת הוראות חוק ניירות ערך בעניין תובענה ייצוגית

קודם להתקנתן של התקנות.

135 להלן, הטקסט שאחרי הערה 144.

בעניין שמשי נ' "פסגות" – מנהלי קרנות נאמנות לאומי אגוד בע"מ,¹³⁶ קבע בית המשפט (השופט טלגם) כי אין התובע צריך בשלב זה להוכיח את שיעור הנזק שנגרם לו, אלא את עצם קיומו של נזק וקשר סיבתי בין ההתנהגות של הנתבעים המהווה את עילת התביעה לבין הנזק שנגרם.

(2) שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה.¹³⁷

לצורך קיומו של תנאי זה, אין צורך להוכיח כי כל השאלות משותפות לכל חברי הקבוצה. "די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות", כדברי הנשיא ברק בעניין טצת ואח' נ' זילברשץ ואח'.¹³⁸ דברים אלה מבהירים כי המבחן צריך להיות איכותי – "מרכיב מהותי", כלשונו של הנשיא ברק – ולא כמותי. די בשאלה משותפת אחת של עובדה או של משפט, כאשר זו מהווה מרכיב מהותי בתביעה, כדי לספק את דרישת החוק. הלכה דומה נפסקה גם בארצות הברית. כך, למשל, קובע בית המשפט האמריקני כי:

The issue of predominance of common issues is the most hotly contested on this motion. Predominance requires that the common issues be both numerically and qualitatively substantial in relation to the issues peculiar to individual class members.¹³⁹

קיומן של שאלות אינדיבידואליות, נוסף על השאלות הכלליות המשותפות לכל חברי הקבוצה, אינו שולל את האפשרות להגיש את התובענה כייצוגית. כך, למשל, בתביעה הדורשת הסתמכות של התובע על מצג של הנתבע, הצורך להוכיח הסתמכות כזו של כל

136 ת"א (ת"א) 1472/95, המ' 14272/95, 12119, לא פורסם.

137 סעיף 210(א)(2) לחוק החברות. תנאי דומה נדרש גם על פי חוק ניירות ערך – סעיף 54ב(1) לחוק, שבוטל, כאמור, על ידי חוק החברות. הוראה דומה כלולה בארצות הברית בסעיף 23(2)(a) ל-Federal Rules of Civil Procedure. תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, מחליף את הנוסח של "שאלות מהותיות של עובדה ומשפט" בנוסח "שאלות מהותיות של עובדה או משפט" – סעיף 7(א)(2) לתזכיר. שוני זה בא להבהיר כי מדובר בתנאי חלופי ולא מצטבר. ראו גם דברי ההסבר לסעיף זה בתזכיר. על אף השוני בניסוח, אין בו כדי לשנות את המצב הנוהג, כפי שזה מצא ביטוי בפסיקה כמבואר להלן.

138 לעיל הערה 18, בע' 788.

139 *In re Mercedes-Benz Antitrust Litigation*, supra note 15, at p.186. בית המשפט מכיר בכך שמבחן זה עשוי להתקיים גם כאשר יש שאלה אחת של חוק או עובדה המשותפת לכל הקבוצה – שם, בע' 184. ראו גם *Hoxworth* – *Realmon v. Reeves*, 169 F.3d 1280, 1285 (1999); *Newberg v. Blinder Robinson & Co. Inc.*, 980 F.2d 912, 924 (1992); *Newberg*, supra note 19, §3:10.

תובע אינו שולל את אפשרות ניהול התובענה כייצוגית.¹⁴⁰ בדומה לכך, השאלה בדבר הנזק האינדיבידואלי שנגרם לכל אחד מהנפגעים אינו מונע את ניהול התובענה כייצוגית, כאשר שאלת הפיצויים תידון לאחר מכן בנפרד, כמבואר לעיל. היעדר הצורך בזהות מלאה של כל השאלות מוצא ביטוי מפורש גם בדבריה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין שמש נ' רייכרט ואח', ולפיהם:

אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת תובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית. לפיכך יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות העומדות במוקד הדיון תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת.¹⁴¹

למרות ההכרה בחשיבותה של התובענה הייצוגית, בפועל, הפרשנות שנתנה הפסיקה לתנאים להגשת התביעה מנעה לעיתים שימוש במכשיר חשוב זה. ניקח לדוגמה את הבקשה לתובענה ייצוגית שהוגשה על ידי בעל מניות בבנק למסחר נגד הבנק, נושאי משרה ששירתו בו קודם לקריסתו, רואי החשבון של הבנק והמפקח על הבנקים בטענה שעקב התנהגותם נגרם לו נזק עקב אובדן מוחלט של שווי המניות.¹⁴² בעל המניות טען כי נזקו שווה למכפלה של שווי המניות ביום המסחר האחרון במניות הבנק במספר המניות שהוחזקו על ידו. השופטת ברון לא קיבלה טענה זו, וקבעה כי נזקו של בעל המניות צריך להימדד בהתאם להשקעה שהשקיע בחברה. בהיעדר נתונים לחישוב הנזק, קבעה השופטת, כי המבקש אינו מגלה בכתב התביעה עילה אישית, ועל כן נשללת זכותו להגשת תובענה ייצוגית. השופטת ערה לכך כי היעדר פרטים לא צריך לגרום לדחיית התביעה, אלא למתן אפשרות לתובע לתקנה על ידי הוספת הפרטים החסרים. עם זאת קובעת השופטת כי:

140 השוו בארה"ב: *Green v. Wolf Corporation*, 406 F. 2d. 291, 301 (1968).
 141 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 296. השוו הפסיקה האמריקנית בכל הנוגע לדרישה המקבילה לאישור תובענה ייצוגית: *Baby Neal for and by Kanter v. Casey* 34 F.3d 48; *Bynum v. District of Columbia* 214 F.R.D. 27, 33 (2003). "We under-; 56 (1994) score at the outset, however, that neither of these requirements mandates that all putative class members share identical claims... and that factual differences among the claims of the putative class members do not defeat certification...the commonality will be satisfied if the named plaintiffs share at least one question of fact or law with the grievances of the prospective class"

142 צאייג נ' בנק למסחר בע"מ בפירוק זמני ואח', לעיל הערה 66.

עצם הצורך לתקן את כתב התביעה ע"י הוספת הפרטים המיוחדים לתובע אישית, כדי שהתביעה תגלה עילה, חושף בעליל את העובדה שמדובר בענייננו בתביעה, שנתון עיקרי בה חייב להיות נתון פרטי לתובע עצמו. לפיכך, אין תביעה שכזו ראויה לשמש תובענה ייצוגית. כאמור, כדי לרפא את החסר בכתב התביעה, צריך להוסיף את הפרטים כמה שילם התובע בפועל בעד מניות הבנק שרכש ומתי רכש את המניות, כדי שניתן יהיה לשערך את ההשקעה. אחד המבחנים להכשרת תביעה כתובענה ייצוגית הוא קיומו של העניין המשותף של כל "המיוצגים". "העניין המשותף" מאופיין בין השאר בסעד משותף. בכתב התביעה בענייננו לא נתבקש סעד הצהרתי היכול לשרת את כל בעלי המניות, כי אם חיוב כספי (ההדגשות במקור).

בדברים אלה נתפסה כבוד השופטת לכלל טעות, לעניות דעתי. מי שגרם להתמוטטות של הבנק גרם לנזק לאובדן הרכוש של בעלי המניות – המניות שבידיהם – כאשר שוויו הוא זה שהיה בסמוך לביצוע העוולה שגרמה לנזק. הנזק שנובע מהמעילה ומהרשלנות שאפשרה אותה, אם היתה כזו, אינו בשיעור ההשקעה של בעל המניות ברכישת המניות, שכן ייתכן שהמניות נרכשו על ידו מספר חודשים או שנים לפני האירוע הרלוונטי ושוויין עלה או ירד בהתאם למצב הבנק, שאין לו כל קשר למעשי המעילה. האחריות של המעוול היא רק לנזק שנגרם עקב עוולתו ולא לשינויים שחלו במחיר המניות, לטוב או לרע, שאין להם כל קשר למעשה העוולה. גם אם תתקבל דעתה של השופטת ברוך בכל הנוגע לאופן חישוב הנזק, אין מקום למסקנה שאליה הגיעה. כאמור, אין צורך בזהות של כל השאלות הדורשות הכרעה. במקרה הנדון התובע טוען לגרימת נזק הנובע מאובדן השקעתו בחברה עקב התנהגותם של הנתבעים. השאלות הדורשות הוכחה לצורך ביסוס התביעה משותפות לו ולכל בעלי המניות האחרים, למעט בעל מניות השליטה שהוצא מכלל התובעים והוכנס כנתבע. מטבע הדברים היקף הנזק של כל אחד מבעלי המניות שונה, והוא מושפע מכמות המניות שמוחזקות בידיו. בכך אין כדי לשלול את התאמתה של התובענה להיות מוגשת כתובענה ייצוגית. כאמור, החוק קובע מפורשות כי "מקום שיסוד מיסודות העילה הוא נזק, די בכך שהתובע הראה לכאורה, לעניין הנזק, את נזקו הוא"¹⁴³. משמע, החוק מצביע בבירור על כך שהשוני בהיקף הנזקים של התובעים הפוטנציאליים אינו צריך לשלול את הזכות להגשת תובענה ייצוגית. על התובע להצביע בכתב התביעה על נזקו שלו, כאשר התובעים הפוטנציאליים האחרים שבשםם הוגשה התביעה יוכיחו את היקף הנזק שנגרם להם לאחר קבלת התובענה הייצוגית בדרך שצריכה להיות מוסדרת בתקנות.¹⁴⁴

143 סעיף 210(א)(1).

144 סעיף 218(ב) לחוק קובע כי "השר רשאי לקבוע הוראות בדבר דרכי הוכחת הנזק של כל אחד מן הנמנים עם הקבוצה".

גם על פי ההסדר שנהג קודם חקיקתו של חוק החברות, מכוח חוק ניירות ערך, לא נשללה הזכות להגשת תובענה ייצוגית עקב השוני בהיקף הנזקים שנגרם לתובעים הפוטנציאליים. תקנה 9 לתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ב-1991, קבעה את ההסדר בדבר דרכי הוכחת הנזק של חברי הקבוצה כדלקמן:

החליט בית המשפט כי הוכחה עילת התביעה, רשאי הוא להורות שכל חבר הקבוצה יוכיח את זכותו לסעד המבוקש באמצעות תצהיר. היה הסעד המבוקש פיצוי על נזק שנגרם – יכיל התצהיר כאמור בתקנת משנה (א) פרטים אלה לפחות:
 סוג נייר הערך שהחזיק;
 כמות ניירות הערך שהחזיק;
 שערי ניירות הערך במועדים הנוגעים לעילת התובענה.
 בית המשפט יורה על אופן פרסום החלטתו לפי תקנת משנה (א) לחברי הקבוצה; ההודעה יכול שתימסר במסירה אישית ויכול שתפורסם בעיתון יומי או בכל דרך אחרת או נוספת שתיראה לבית המשפט.
 על אף האמור בתקנת משנה (א) רשאי בית המשפט, לבקשת התובע, לפטור את חברי הקבוצה או חלקם מהגשת תצהירים אם ראה שבנסיבות העניין תכביד הגשתם יתר על המידה על חברי הקבוצה, ורשאי הוא להורות כי יוכיחו את הנזק בדרך אחרת שתיראה לו.

תקנות אלה נשארות בתוקף גם לאחר חקיקתו של חוק החברות, לאור הוראת סעיף 23 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, שלפיה:

משבוטל חיקוק, בטלים עמו התקנות והמינויים שנעשו מכוחו; אולם מקום שהחיקוק המבטל קובע הוראות במקום המבוטלות – התקנות והמינויים שנעשו מכוח ההוראות המבוטלות יעמדו בתוקפם עד שיבוטלו בתקנות ובמינויים מכוח החיקוק המבטל.

חוק החברות החליף את הוראות חוק ניירות ערך בכל הנוגע לתובענה ייצוגית. בהיעדר תקנות בנושא התובענה הייצוגית מכוח חוק החברות, ממשיכות ההוראות של התקנות שהותקנו מכוח חוק ניירות ערך לעמוד בתוקפן. אלא שתקנות אלה חלות רק על חברות ציבוריות, שעליהן חל חוק ניירות ערך. לגבי חברות פרטיות אין תחולה לתקנות שהותקנו מכוח חוק ניירות ערך. בהיעדר תקנות מכוח החוק שמסדירות את הנושא של אופן הוכחת הנזק של חברי הקבוצה, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב בדבר הדרך הראויה בכל מקרה להוכחת הנזק האינדיבידואלי של כל אחד מחברי הקבוצה. יש לשים לב לכך, שגם התקנות שהותקנו מכוח חוק ניירות ערך קבעו הסדר גמיש, בכך שקבעו את הגשת התצהיר בדרך הרגילה, אולם העניקו לבית המשפט שיקול דעת רחב שלא ללכת בדרך זו אלא לבחור בדרך אחרת שתיראה לו.

המקרה של הבנק למסחר לא היה ראוי להתברר כתובענה ייצוגית מטעם אחר והוא, שהנזק שנגרם לבעלי המניות והמתבטא באובדן השקעתם בחברה עקב המעילה בכספי הבנק וחוסר הפיקוח הנטען מצד הדירקטוריון הוא השתקפות של הנזק שנגרם לחברה.¹⁴⁵ אין מדובר כאן בתביעה אישית של כל אחד מבעלי המניות, אלא בתביעה שראויה להתברר כתביעה נגזרת. עם היכנסה של החברה להליכי פירוק, שוב אין מקום להגשת תביעה נגזרת,¹⁴⁶ וההליכים צריכים להתקיים במסגרת הפירוק על ידי המפרק או באמצעות תביעות המוגשות על ידי בעל מניות או נושה מכוח סעיפים 373 ו-374 לפקודת החברות.¹⁴⁷ ראוי לציין, כי תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, מציע, בסעיף 19 שלו, הסדר מפורט בכל הנוגע להוכחת הנזק של כל אחד מחברי הקבוצה, תוך השארת שיקול דעת רחב לבית המשפט, ולפיו:

(א) הכריע בית המשפט בשאלות המשותפות בתובענה הייצוגית לטובת התובע או אישר הסדר בהתאם לסעיף 18, רשאי הוא להורות שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לסעד המבוקש וליתן הוראות בדבר הדרך והמועד להוכחת הזכאות לסעד, והכל מבלי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה ועל בעלי הדין.

(ב) פסק בית המשפט פיצויים, רשאי הוא להורות כי תשלום הפיצויים ייעשה באחת מן הדרכים הבאות או בכל דרך שימצא לנכון:

(1) חבר קבוצה יפוצה בסכום שייקבע על פי נוסחה שתיקבע, לרבות נוסחה שתתבסס על הוכחת הנזק האישי של חבר קבוצה, ולרבות תוך קביעת סכום פיצוי מינימאלי כולל לכל חברי הקבוצה;

(2) בית המשפט יקבע את סכום הפיצוי המקסימאלי הכולל לכל חברי הקבוצה, וחבר קבוצה יפוצה בסכום שייקבע על פי נוסחה שתיקבע, מתוך סכום זה, ובאופן יחסי; סכום פיצוי מקסימאלי כולל ייקבע רק אם הוא ניתן להערכה מדויקת באמצעים סבירים.

(3) ישולם סכום כסף מסוים לכל חבר קבוצה, לרבות תוך קביעת סכום פיצוי מינימאלי כולל לכל חברי הקבוצה.

(ג) פסק בית המשפט סעד כספי בתובענה הייצוגית, רשאי הוא להורות כי נוסף על הסכום הכספי ישולמו הוצאות, בסכום שקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה בעבור הטרחה הכרוכה בהוכחת הזכאות לסעד.

145 ראו לעיל, פסקה 1 במבוא.

146 סעיף 205 לחוק החברות.

147 ראו צ' כהן פירוק חברות (התש"ס) 743 – 776.

- (ד) (1) בית המשפט רשאי ליתן הוראות בדבר הדיון בהוכחת הזכאות לסעד על ידי חברי הקבוצה וחלוקתו, ורשאי הוא למנות לשם כך אדם בעל הכישורים המתאימים (להלן – ממונה), וליתן הוראות בדבר דרכי הפיקוח על ביצוע פסק הדין;
- (2) החליט בית המשפט על מינוי ממונה, רשאי כל אדם הרואה עצמו נפגע על ידי מעשה או החלטה של הממונה, לפנות לבית המשפט אשר נתן את ההוראה שבסעיף קטן (א), ובית המשפט רשאי לאשר, לבטל, או לשנות את המעשה או ההחלטה, וליתן כל צו בעניין, כפי שימצא לנכון.
- (ה) קבע בית המשפט סעד בסכום כספי כולל, וחלף המועד שנקבע לפי סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט ליתן הוראות בדבר השימוש שיעשה ביתרת הסכום, אם נותרה, לרבות חלוקת היתרה לקרן שהוקמה לפי סעיף 2, לרשות ציבורית או לארגון שימצא לנכון, ובלבד שאותה רשות ציבורית או אותו ארגון אינם התובע המייצג.
- (ו) ראה בית המשפט כי סעד כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי או אינו צודק בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות העניין.
- (ז) בית המשפט יורה על פרסום פסק הדין ועל ההחלטה לפי סעיף זה בהתאם לסעיף 13.

על אף שאין צורך להוכיח זהות של כל השאלות המשפטיות כתנאי לאישור התובענה הייצוגית, אין מקום לאישור תובענה כזו כאשר עומדות לנתבע כלפי התובע הייצוגי טענות המיוחדות לו שעשויות לעמוד במרכז ההתדיינות.¹⁴⁸ תובענה כזו לא תאושר הן מהטעם שהשאלות הדורשות הכרעה אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה והן מהטעם שהתובע אינו יכול להיחשב במקרה כזה כתובע מתאים להגשת התובענה הייצוגית.

- (3) התובענה הייצוגית היא הדרך המתאימה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, בשים לב, בין השאר, לגודלה של הקבוצה.¹⁴⁹

148 זו גם הגישה שהתקבלה בפסיקה האמריקנית. ראו, למשל, *Gary Plastic Packaging v. Merrill*, 903 F.2d 176, 180 (1990).
149 סעיף 210(א)(3) לחוק החברות.

תנאי כללי זה מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב להתחשב בכל שיקול שימצא כרלוונטי לעניין היותו של ההליך הייצוגי המתאים ביותר להכרעה במחלוקת. חוק ניירות ערך השתמש בלשון של "הדרך היעילה וההוגנת ביותר".¹⁵⁰ היעילות וההוגנות מוצאות את ביטויין בדיבור "הדרך המתאימה ביותר" שבו משתמש חוק החברות. ההתאמה צריכה להביא בחשבון הן את גורם היעילות והן את גורם ההוגנות.¹⁵¹ במסגרת השיקולים שבהם על בית המשפט להתחשב בבדיקת התנאי הנדון כלול השיקול של גודל הקבוצה. ההתייחסות המיוחדת לגודלה של הקבוצה כמצדיק את הגשת התובענה הייצוגית נובעת מהבעיות המיוחדות של הליך זה, שעליהן עמדתי לעיל.¹⁵² ההצדקה לחיוב כל חברי הקבוצה באמצעות הליך המתנהל בידי תובע ייצוגי, תוך פגיעה בזכותו של כל תובע שיהיה לו יומו בבית המשפט, קיימת כאשר הקבוצה היא בגודל כזה שאין זה מעשי לנהל הליך רגיל לגביה.¹⁵³ מטעם זה הוכרה דרישה זו להתחשבות בגודל הקבוצה גם בחוק ניירות ערך¹⁵⁴ והיא מוכרת גם בדין האמריקני.¹⁵⁵

150 סעיף 54ב(3) לחוק ניירות ערך, שבוטל, כאמור, על ידי חוק החברות. מילים אלה נוקט גם תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005. סעיף 7(א)(3) לתזכיר קובע כאחד התנאים לאישור תובענה ייצוגית כי "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, בשים לב, בין היתר, לגודל הקבוצה, להיקף השאלות המשותפות לחברי הקבוצה לעומת היקף השאלות שאינן משותפות לחברי הקבוצה, להיקף הנזק האישי המשוער לכל אחד מחברי הקבוצה, לדרכים אפשריות אחרות להכרעה במחלוקת וליחסי הכוחות בין בעלי הדין".

151 השווה התנאי של Rule 23(b)(3) בארצות הברית המחייב את התובע להראות כי "a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy".

152 לעיל בפרק א.2. ראו גם דברי בית המשפט האמריקני בעניין **Scott v. The University of Delaware**, 601 F. 2d 76, 88 (1979) ולפיהם: "The numerosity requirement was designed to prevent members of a small class from being unnecessarily deprived of their rights without a day in court by the opposing party or by only a few members of the class resorting to Rule 23... It also fosters the interest of the court in assuring a full and fair exposition of views by all affected parties when it is practicable to join them in a single proceeding".

153 השווה דברי בית המשפט האמריקני בעניין **Forbush v. Wallace**, 341 F.Supp. 217, 220 (1972) affirmed 405 U.S. 970; 92 S.Ct. 1197 (1972): "It has become well established in our law that 'impracticability' as used in Rule 23 does not mean 'impossibility,' but rather it refers to the difficulty or inconvenience of joining all members of the class... It appears that the question of whether a number is so large as to make joinder impracticable is dependent not upon any arbitrary limit, but rather upon the circumstances surrounding the case". ראו גם §3:3-3:4, *supra* note 19, Newberg.

154 סעיף 54ב(2) לחוק ניירות ערך, שבוטל, כאמור, על ידי חוק החברות. דרישה זו נקבעה גם בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, כפי שמצוטט בהערה 150.

155 Rule 23(a)(1).

השאלה מתי מצדיק גודל הקבוצה את ניהול התובענה הייצוגית הושארה לשיקול דעתו של בית המשפט בכל מקרה קונקרטי. החוק אינו קובע מסמרות בעניין זה,¹⁵⁶ ויתירה מזו מובהר בו כי הגודל הוא רק אחד האלמנטים שיש להביאם בחשבון בבדיקת הנאותות של הליך התובענה הייצוגית. נוסף לגודל, יבדוק בית המשפט את האפשרות המעשית בצירוף התובעים, שכן רק במקרה שאין הדבר מעשי, יש הצדקה להגשת תובענה ייצוגית.¹⁵⁷ מכאן שלמרות שמספר חברי הקבוצה כשלעצמו אינו מכריע, הרי שכאשר מספר הנמנים עם הקבוצה הוא קטן, לא יתמלא התנאי הדרוש להגשת תובענה ייצוגית, שלפיו התובענה הייצוגית היא הדרך המתאימה ביותר לניהול ההליך.¹⁵⁸ גם הפסיקה האמריקנית הכירה בכך כי מספר חברי הקבוצה הוא רק אחד האלמנטים שיש לקחתם בחשבון בהחשב עם מכלול הנסיבות.¹⁵⁹ הן הפסיקה והן המלומדים בארצות הברית מסכימים כי בדרך כלל, אין להתיר תובענה ייצוגית על בסיס של מספר חברי הקבוצה, כאשר מספר זה נמוך מעשרים, אולם קרוב לוודאי שיאשרו אותה אם מספר חברי הקבוצה גבוה מארבעים.¹⁶⁰ כאשר מספר חברי הקבוצה גדול, מתקיימת הדרישה שהתובענה הייצוגית היא הדרך המתאימה לניהול התביעה, שכן אין זה מעשי לנהל את

156 גם החוק האמריקני אינו נוקב במספר מינימלי של חברים בקבוצה כתנאי להגשת התובענה הייצוגית. ראו, למשל, *Stewart v. Abraham*, 275 F.3D 220, 226-227 (2001).

157 השוו, *Newberg*, *supra* note 15, at p. 184; *In re Mercedes-Benz Antitrust Litigation*, *supra* note 19, §3:3.

158 השוו (1998) 6-8, *Horizon Unlimited, Inc. v. Silva*, 1998 U.S. Dist. Lexis 6654, at 6-8; *Christiana Mortgage Corporation v. The Delaware Mortgage Bankers Association*, 136 F.R.D. 372 (1991); *In re American Medical Systems*, 75 F. 3d 1069, 1079 (1996); *John Doe I v. Meese*, 690 F. Supp. 1572 (1988); *Demarco v. Edens*, 390 F.2d 836, 845 (1978).

ראו גם: Jimmy L. Verner "Numerosity and Federal Rule 23: How Many Is Too Many?" 49 *UMKC L. Rev.*(1981) 312, 313-314. במסגרת נסיבות אלה הביאה הפסיקה האמריקנית בחשבון את הפיזור הגיאוגרפי של בעלי המניות, את יכולתם הכספית להגיש תביעה ואת הקושי בהגדרת הקבוצה – שם, בע' 314 – 319.

160 Verner, *ibid*, at p. 313-314. גם למספרים אלה ניתן למצוא חריגים בפסיקה האמריקנית. כך, למשל, הכיר בית המשפט במילוי הדרישה הקבועה בחוק שמספר חברי הקבוצה גדול באופן שהצירוף של כל החברים אינו מעשי כאשר מספר החברים בקבוצה עמד על שמונה עשרה – *Cypress v. Newport News Gen. & Nonsectarian Hosp. Ass'n*, 375 F. 2d 648, 653 (1967). כמו כן נפסק כי ניתן לאשר תובענה ייצוגית כאשר מספר התובעים עומד על 14 בלבד – *Grant v. Sullivan* 131 F.R.D. 436, 446 (1990). כנגד, מצא בית משפט אמריקני במקרה *In re Anthracite* – חברים 141 – *Coal Antitrust Litigation*, 78 F.R.D. 709, 715 (1978).

התובענה עם מספר גבוה של תובעים שלא בדרך של תובענה ייצוגית. כך נקבע גם בפסיקה האמריקנית כי:

When class size reaches substantial proportions, however, the impracticability requirement is usually satisfied by the numbers alone.¹⁶¹

בבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה מכוח חוק הגנת הצרכן, התייחס בית המשפט לשאלה זו של גודל הקבוצה¹⁶² בעניין המועצה הישראלית לצרכנות ואח' נ' החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ.¹⁶³ טענת החברה המרכזית ליצור משקאות, המשיבה בבקשה, היתה כי מספר התובעים אינו יכול לעלות על 25, שזהו מקסימום הפרסים שהחברה התחייבה לתת, ועל כן אין הצדקה לאישור התובענה כייצוגית. בית המשפט דחה את הטענה, בקובעו שמאחר שרשימת התובעים אינה ידועה למבקשת, יש מקום לאשר תובענה ייצוגית. הגם שהדברים נאמרו לגבי תובענה ייצוגית צרכנית, הם יפים גם לגבי תובענה ייצוגית על פי חוק החברות. עולה מהם שגם כאשר הקבוצה אינה מאוד גדולה, אולם יש קושי באיתור הנמנים עימה, יאות בית המשפט להכיר בתובענה כייצוגית. קביעת חוק החברות כי הגודל הוא רק שיקול אחד במסגרת מכלול השיקולים, מחזקת את התאמתה של הלכה זו גם לתביעות על פי חוק החברות.

התובע, המבקש את אישור בית המשפט להגשת התובענה הייצוגית, אינו חייב למסור את המספר המדויק של חברי הקבוצה, אולם עליו למסור הערכה משוערת של מספר החברים בקבוצה.¹⁶⁴

כאשר מדובר בחברה ציבורית, הכירה הפסיקה בקיומה של חזקה בדבר גודל הקבוצה המצדיק הגשת תובענה ייצוגית. הנטל להוכיח כי גודל הקבוצה אינו מצדיק אישור התובענה כייצוגית עובר במקרה כזה אל שכם הנתבעים.¹⁶⁵

161 In re American Medical Systems, 75 F. 3d 1069, 1079 (1996). ראו גם Newberg, *supra* note 19, §3:5.

162 השאלה הועלתה לאור תקנה 3 בתקנות הגנת הצרכן (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ה-1995, הדורשת מסירת פרטים על הקבוצה המיוצגת והמספר המשוער של חברי הקבוצה.

163 ת"א (ת"א) 2204/98, דינים מחוזי לב(6) 384, פסקה ב5.

164 ראו פסק דינו של השופט לויט בעניין ת"א (ת"א) 19/92, 117/92, המ' 948/92, 138/92. זת חברה ליעוץ כלכלי בע"מ ואח' נ' חברת טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ ואח', דינים מחוזי כו(9) 99. כך גם נקבע בתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ב-1991, כי על התובע לפרט בבקשתו את "המספר המרבי המשוער של חברי הקבוצה".

165 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 299. ראו גם פסק דינו של השופט וינוגרד בעניין גלובל ק.א. ניהול השקעות ויעוץ פיננסי בינלאומי בע"מ ואח' נ' המישה יוד תכשיטנים תעשיות מתכת יקרות בע"מ ואח', לעיל הערה 84, בפסקה 11: "המשיבים טוענים, כי גודל הקבוצה לא הוכח ואין די בהערכה של גודל הקבוצה לצורך הגשת תובענה ייצוגית. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם השכל הישר. לא יעלה על הדעת כי המבקש לתבוע בתובענה ייצוגית, יידרש לאתר כל חבר

(4) עניינם של כל חברי הקבוצה יוצג וינוהל בדרך הולמת בידי התובע.¹⁶⁶

תנאי זה נועד להבטיח את שמירת האינטרסים של כל חברי הקבוצה המיוצגים בידי התובע הייצוגי, לאור העובדה שפסק הדין מהווה מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה.¹⁶⁷

קיומו של תנאי זה מותנה הן בכך שלתובע יש אינטרסים דומים לאלה של חברי הקבוצה והן בכך שיש לו המסוגלות לנהל כיאות את התביעה.¹⁶⁸

כאשר אין זהות אינטרסים בין בעלי המניות, יש לעשות את ההפרדה הדרושה ולכלול בקבוצה רק אותם בעלי מניות שיש להם אינטרסים דומים. בדרך זו נקטה השופטת גרסטל בעניין עטר ואח' נ' נצבא חברה להתנחלות בע"מ ואח'.¹⁶⁹ השופטת עשתה הפרדה בין בעלי המניות שהצביעו בעד הצעת הרכש לבין אלה שהתנגדו לה, בקובעה כי "בעלי המניות שגילו שדעתם נוחה מהצעת הרכש, ושביצוע העסקה עשוי לאפשר להם לפדות את מניותיהם בטווח הזמן הנראה לעין, מצויים בניגוד עניינים אינהרנטי עם המבקשים", שהצביעו נגד הצעת הרכש. לגבי בעלי המניות שנמנעו מהצבעה, קובעת השופטת כי יש להכלילם במסגרת הקבוצה, שכן אין הם שייכים לאף אחד מהמחנות. יש אפוא להפקיד בידיהם את הכוח להחליט לאן ברצונם להשתייך, על ידי כך שהם יכללו במסגרת הקבוצה שבשמה מוגשת התובענה הייצוגית, ומי מהם שאינו חפץ בכך, יוכל להודיע על פרישתו מהקבוצה.

פוטנציאלי בקבוצה שבשמה הוא מבקש לתבוע. דרישה שכזו, ללא צל של ספק, תכשיל כל ניסיון להגשת תובענות ייצוגיות ותהפוך כלי זה, שנועד להגן על ציבור המשקיעים, לכלי עקר. יש לקבוע חזקה, כי כאשר המדובר בחברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסה, חזקה שהמניות המוחזקות בידי הציבור מוחזקות בפזור ניכר, ונטל הראיה לעניין גודלה של הקבוצה או ליתר דיוק קוטנה של הקבוצה על המשיב שמבקש מבית המשפט לקבוע, כי גודל הקבוצה אינו מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית". (פסק הדין נהפך על ידי בית המשפט העליון מהטעם שלא הובאו ראיות לגרירתו של נזק – רע"א 3521/95 חמישה יוד תכשיטנים תעשיית מתכות יקרות בע"מ ואח' נ' גלובל ק.א. ניהול השקעות וייעוץ ואח', תק-על 2001(3) 1439).

¹⁶⁶ סעיף 210(א)(4) לחוק החברות. תנאי דומה נקבע גם בהוראות המקבילות בחוק ניירות ערך, שבוטלו על ידי חוק החברות – סעיף 54ב(4) לחוק ניירות ערך. גם הדין האמריקני דורש תנאי דומה: Rule 23 (a)(4) וכן Securities Exchange Act of 1934 §21D(a)(3)(B)(i), שהוסף באמצעות The Private Securities Litigation Reform Act 1995.

¹⁶⁷ וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ ואח', לעיל הערה 83, בע' 267.

¹⁶⁸ כזהו הדין גם בארצות הברית. ראו לעניין זה Lechner, *supra* note 35, at p. 955. היו שהצביעו על כך שבפועל הפיקוח השיפוטי על קיומו של תנאי זה מוגבל. ראו – Note "The Attorney – Client Privilege in Class Actions: Fashioning an Exception to Promote Adequacy of Representation" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 947, 953-954.

¹⁶⁹ ה"פ (ת"א) 485/03, דינים מחוזי לד(2) 997.

בעל מניות אינו יכול לשמש מייצג הולם של בעלי המניות שיש להם עילת תביעה כאשר יש לנתבעים טענת הגנה כלפיו, שאינה קיימת כלפי בעלי המניות האחרים. כך, למשל, נפסק בארצות הברית כי משקיעים שהגדילו את החזקת המניות שלהם בחברה לאחר גילוי התרמית שבגינה מוגשת התביעה, כפופים להגנה אפשרית מצד הנתבעים, ועל כן, אינם יכולים לשמש מייצגים של בעלי המניות שמוקנית להם עילת תביעה בגין התרמית.¹⁷⁰

בהקשר של המסוגלות של התובע לניהול התביעה, על בית המשפט לבדוק "האם לתובע עצמו או לבאי כוחו הכישורים הנדרשים לפעול במידת המקצועיות, הרצינות והחריצות הראויה ולנהל את התובענה בעילות".¹⁷¹ מכוח דרישה זו, לא יכיר בית המשפט בתובע ייצוגי עקב כך שהצליח להגיש ראשון את התובענה הייצוגית, והוא יבדוק אם התובע שלפניו הוא מייצג הולם של חברי הקבוצה.

הפסיקה התמודדה עם שתי שאלות בסוגיה זו של כשירות התובע. האחת נוגעת לתובע המתוחכם והאחרת הנוגעת לתובע הבלתי מתוחכם. בכל הנוגע לתובע המתוחכם, קבעה הפסיקה כי תובע מתוחכם ראוי לייצג את הקבוצה בהגשת תובענה ייצוגית. בעניין טצת ואח' נ' זילברשץ ואח' קובע הנשיא ברק כי:

הדרישה של הייצוג ההולם של ענייני הקבוצה מופנית בעיקר לשאלה אם התובע הייצוגי יוכל לפעול במידת המרץ הראויה לניהול התובענה, ואם לא יהיה ניגוד עניינים בינו לבין שאר חברי הקבוצה. לדעתי, אין בתחכמו של התובע הייצוגי, בתור שכזה, כדי לשלול דרישה זו.¹⁷²

לאור קביעת בית המשפט העליון, כי אין משקיע מתוחכם פסול מלהגיש תובענה ייצוגית, קבע בית המשפט כי "אין יסוד לדרוש כדבר שבשיגרה מידע על היסטוריית ההשקעות של התובע בחברות אחרות. זו עשויה להצביע על "תחכמו" או על "אי-תחכמו". אך התחכום כשלעצמו אינו רלוונטי לתנאים הדרושים בסעיף 54 לחוק ניירות ערך. יתרה מכך, דרישת גילוי זו עלולה להכביד על תובע ייצוגי פוטנציאלי, ולהרתיע תובעים מלעשות שימוש במכשיר החשוב של התובענה הייצוגית, שנועד להגן על הפרט ועל הכלל גם יחד, בניגוד לתכלית המונחת ביסוד הוראות החוק בעניין התובענה הייצוגית".¹⁷³

.Berwecky v. Bear, Stearns & Company, Inc., supra note 132 170

171 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 300.

172 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 788 – 789. ראו גם ת"א (ת"א) 1538/93, המ'

12468/93 אבן ואח' נ' אבנר נפט וגז בע"מ ואח', דינים מחוזי כו(7) 141.

173 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 790.

משקיע מוסדי נכנס בוודאי לקטגוריה של משקיע מתוחכם, ולא רק שאין לפסול את כשירותו לשמש תובע ייצוגי, אלא יש לברך על נכונותו לעשות זאת. ברוח זו קבע גם בית המשפט האמריקני כי:

Institutional investors have financial interests in the outcome of securities class actions which dwarf the interests of individual plaintiffs, and with this increased financial interest come an increased incentive to monitor class counsel's conduct of the action. Institutional investors, moreover, are much better situated to conduct such monitoring, both because they have greater resources and because, as repeat players in the securities class actions, they are experienced in the issues which these actions inevitably raise.

Institutional investors are also in a superior position to either the court or the individual investors to determine whether or to what extent a company's claims of imminent bankruptcy or other financial catastrophe should be given credence. Institutional investors are experienced both in general business matters and in securities liability exposure, and thus are well equipped to determine whether a company's solvency is truly threatened by litigation or whether such a claim is merely a form of puffery employed by the defendant to induce the plaintiff class to trade time for money.

Finally, institutional investors such as COLPERA have fiduciary responsibility to the very investors whom the securities class action is designed primarily to help. The ability of the class action device to give redress to investors with losses too small to justify individual litigation has long been one of the main justifications for the use of class actions in Rule 10b-5 cases... Institutional investors such as COLPERA, which is responsible for investing the money of state workers, represent precisely this type of interest.¹⁷⁴

.In re California Micro Devices Sec. Litig. 168 F.R.D. 257, 275 (1996) 174

ה-1995 Private Securities Litigation Reform Act קובע כי בית המשפט ימנה תובע מוביל – "lead plaintiff"¹⁷⁵. לתפקיד זה ימונה החבר שיש לו האינטרס הפיננסי הגדול ביותר בסעד שנתבע על ידי הקבוצה.¹⁷⁶ יש בכך עידוד למינוים של משקיעים מוסדיים לתפקיד של תובע מוביל.¹⁷⁷ החוק אינו מתייחס במפורש להעדפה של המשקיעים המוסדיים, הגם שבכוונתו היתה לעודד את השתתפותם כתובעים מובילים בתובענות הייצוגיות. העדפת המשקיע המוסדי מבוססת על ההנחה שהמשקיע המוסדי סובל את הנזק הגדול ביותר, ועל כן יש לראותו כמי שמתאים לייצג את הקבוצה בתובענה הייצוגית.¹⁷⁸ אין המשקיע המוסדי בגדר התובע המתאים ביותר רק עקב היותו משקיע מוסדי, אלא יש לבדוק את גובה הנזק שסבל כדי להחליט אם יש למנותו כתובע המוביל.¹⁷⁹ כמו כן, יבדוק בית המשפט את מכלול הנסיבות בבואו לאשר משקיע מוסדי כתובע מוביל, ואין בעצם היותו של המבקש להתמנות כתובע מוביל משקיע מוסדי כדי לגרום למינויו. כך, נקבע בפסיקה, כי משקיע מוסדי שבאופן סימולטני מעורב בתובענה ייצוגית נוספת או בתובענות ייצוגיות נוספות יש לו פחות אמצעים ופחות יכולת לפקח על התנהגותו של עורך הדין, ועל כן אין זה ראוי למנותו כתובע מוביל, לאור מטרת החוק שהתובע המוביל יפקח באופן יעיל על עורך הדין וישתתף באופן אקטיבי בהתדיינות המשפטית.¹⁸⁰

175 Securities Act of 1933 §27(a)(3); Securities Exchange Act §21D(a)(3) חוקקו בעקבות מאמר שהעלה הצעה זו: Weiss & Beckerman, *supra* note 17.
 176 Securities Act of 1933 §27(a)(3)(B)(iii)(I)(bb); Securities Exchange Act §21D(a)(3)(B)(iii)(I)(bb) כנגד היתרונות שבגישה זו, טמונים בה גם חסרונות. בעל מניות שמחזיק חלק קטן בלבד ממניות החברה עשוי לאבד את המוטיבציה לשאת בעלויות ובמאמצים להגיש את התביעה, בידועו שבית המשפט עשוי למנות בעל מניות אחר, שיש לו החזקה גדולה יותר במניות החברה, כתובע מוביל. ראו לעניין זה Fisch, *supra* note 25, at p. 547.
 177 ראו: Jill E. Fisch, *supra* note 25, at p. 537; Kou, *supra* note 25, at pp. 255 & 268-274.
In re Telxon Corporation Securities Litigation 67 F.Supp. 2d 803, 821 (1999);
Takeda v. Turbodyne Technologies, Inc., 67 F.Supp. 2d 1129, 1135 (1999).
 178 ראו דברי בית המשפט בעניין **In re Donnkenny Inc. Securities Litigation**, 171 F.R.D. 156, 157 "Appointing lead plaintiff on the basis of financial interest, rather than on a "first come, first serve" basis, was intended to ensure that institutional plaintiffs with expertise in the securities market and real financial interests in the integrity of the market would control the litigation, not lawyers"
 179 **In re Telxon Corporation Securities Litigation**, 67 F.Supp. 2d 803, 822 (1999).
 180 **Ibid**, *ibid*

התובע המוביל בוחר את עורך הדין שייצג את הקבוצה, כפוף לאישורו של בית המשפט.¹⁸¹ בכך ביקש המחוקק לשנות את התופעה המקובלת שעורך הדין הוא שיזם את ההליך וחיפש את התובע שבשמו יוכל להגיש את התביעה.¹⁸² להיותם של משקיעים מוסדיים תובעים ייצוגיים יתרונות חשובים. הם עשויים לנהל רק תביעות שיש הצדקה לניהולן ולדחות פשרות בלתי ראויות, וזאת, לאור האינטרס ארוך הטווח שיש להם בשוק ההון.¹⁸³ עומד על כך בית המשפט האמריקני, בהתייחסו למשקיעים המוסדיים:

The second group interested in where the settlement payments come from are major institutional investors, both those who remain equity shareholders and those who were in and out traders in CAMD. The defining characteristic of this group is that they are repeat players in the securities market and thus in securities fraud lawsuits. Repeated exposure to these lawsuits gives such institutional investors a perspective quite different from that held by an investor who owns little or no stock other than holdings in one issue and is unlikely to participate in the securities markets outside of such holdings. When an institutional investor's transactions are viewed in the aggregate, the institutional or repeat investor can be seen as an equity shareholder in the markets as a whole, and accordingly can be expected to value a settlement for its effect on the larger market. Given this longer-term perspective, it seems likely that an institutional investor's first priority will not be to maximize recovery in any given case, since the recovery maximized in one case may simply be lost in a settlement paid out by a company in which the institution owns shares in another case.¹⁸⁴

Securities Act of 1933 §27(a)(3)(B)(iii)(II)(v); Securities Exchange Act §21D(a) 181
.(3)(B)(iii)(II)(v)

In re Lucent Technologies, Inc. Securities Litigation, 221 F.Supp.2d 472, ראו גם 182
.487 (2001)

Note "Investor Empowerment Strategies in the Congressional Reform of גם 183
.Securities Class Actions" 109 **Harv.L.Rev.** (1996) 2056, 2058

.In re California Micro Devices Sec. Litig., 168 F.R.D. 257, 272 (1996) 184

יתרונות נוספים בהפקדת ניהול התובענה הייצוגית בידי המשקיעים המוסדיים נעוצים בכך שהם עשויים לשפר את הפיקוח הדרוש ולהקטין את עלויות הנציג.¹⁸⁵ נוסף לכך, יש למשקיעים המוסדיים המשאבים והידע הדרושים לצורך ניהול התובענה הייצוגית.¹⁸⁶ המסקנה המתבקשת היא אפוא כי ראוי לעודד גם בארץ את המשקיעים המוסדיים לשמש תובעים ייצוגיים.¹⁸⁷

בכל הנוגע לתובע הבלתי מתוחכם, עולה השאלה אם יש בכך כדי לפסול את כשירותו לייצג את הקבוצה, כאשר עורך הדין המטפל בהליך המשפטי ממלא אחר התנאי הנדרש בחוק של יכולת לייצג באופן הולם את ענייני הקבוצה.

השופט שטרסברג-כהן הכריעה בשאלה זו לאור התכלית של התובענה הייצוגית, שהיא "לאפשר הגשת תובענה ייצוגית על ידי אדם מן הישוב שהשקיע כספו בניירות ערך ונגרמו לו נזקים".¹⁸⁸ בהתייחסה למשקיע זה קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי:

משקיע זה אינו בהכרח איש כלכלה מובהק המתמצא בנככי דיני ניירות ערך. אין הוא צריך להיות מלומד, ידען, או מתוחכם, ככל שהדבר נוגע לשוק ניירות הערך. עליו להיות בעל אינטרס אמיתי, ולא מדומה, בתובענה שהוא מגיש ועליו להיות מסוגל לנהל אותה באמצעות עורכי דין שידריכוהו בפן המקצועי של התובענה וינהלו אותה עבורו ועבור הקבוצה.¹⁸⁹

185 Fisch, *supra* note 25, at p. 541; Weiss and Beckerman, *supra* note 17, at p. 2083
186 ראו את דברי בית המשפט האמריקני בעניין **In re California Micro Devices Securities Litigation** המצוטטים בטקסט הסמוך להערה 174.

187 Fisch במאמרה עומדת על מספר בעיות במינוי המשקיע המוסדי כתובע ייצוגי: המשקיע המוסדי עלול להירתע מניהול התביעה עקב העלויות שכרוכות בכך, עקב החשיפה למידע פנים שמגביל את היכולת שלו לסחור בנייר הערך שהוא נושא ההתדיינות. חלק מהמשקיעים המוסדיים עשויים להיות תחת לחץ פוליטי או מגבלות אחרות על החופש שלהם לקבל החלטות בכל הנוגע להתדיינות. קיימת גם סכנה של קנוניה, שהמשקיע המוסדי ינצל את מעמדו כדי להפיק רווחים אישיים וכן שיקבל שירותים משפטיים מעורך הדין שאינם קשורים לתובענה הייצוגית בתמורה לבחירתו לניהול התביעה הייצוגית – Fisch, *supra* note 25, at pp. 542 – 543, 548 – 550.

188 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 301. בכך נדחתה הגישה האחרת, שמצאה ביטוי בפסיקה מחוזית, ושדרשה כי גם התובע עצמו יהיה בעל הבנה מלאה בענייני התביעה. ראו לעניין זה: דברי הנשיא וינוגרד בעניין גלובל ק.א. ניהול השקעות ויעוץ פיננסי בינלאומי בע"מ ואח' נ' חמישה יוד תכשיטנים תעשיות מתכת יקרות בע"מ ואח', לעיל הערה 84, ודברי השופט לויט במאמרו "תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך" הפרקליט מב (התשנ"ג) 465, 474, המצוטטים על ידי השופטת שטרסברג-כהן בעניין שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 300 – 301.

189 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 301. הנשיא ברק אינו קובע מסמרות באשר ליחסי הגומלין שבין כשירות התובע הייצוגי לכשירותם של באי כוחו ובאשר לרף המינימלי אותו יידרש תובע ייצוגי לעבור, לאור העובדה שהתובע במקרה זה נפגע פגיעה של ממש עקב השקעתו במניות

כיוון שהתביעה מתנהלת בפועל בידי עורכי הדין, הרי שהדגש צריך להיות מושם בהקשר זה על כישוריהם של עורכי הדין ויכולתם לנהל בצורה ראויה את התביעה. בהתאם לכך קובעת השופטת שטרסברג-כהן בעניין שמש נ' רייכרט ואח' כי:

אין כל פסול בכך שעורכי הדין – ולא התובע עצמו – הם המומחים המכלכלים את צעדיהם בתובענה, ובלבד שהתובע עצמו איננו פיקטיבי ויש לו עניין ממשי בתביעה והבנה כלשהי של מסגרתה. דרישה שלפיה רק תובע בעל השכלה רחבה בתחומי הכלכלה, דיני החברות והמסחר בניירות הערך יהיה ראוי להגיש תובענה ייצוגית, תצמצם את מאגר התובעים הייצוגיים הפוטנציאליים ותסכל את התכלית שלשמה נוצר מכשיר זה.¹⁹⁰

גישה זו נראית בעיניי ראויה. היא מבטיחה, מצד אחד, כי התביעה תנוהל כראוי בידי מי שיש בידיו הכישורים המתאימים לכך, ומהצד האחר, אינה מגבילה את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית כאשר הנפגעים עצמם אינם בעלי הידע וההבנה הדרושים לניהול התובענה. בנידון זה אומר השופט ד' חשין כי:

אם ייקבע כי משקיע פשוט מנוע מלהיות מייצג הולם, אזי חברה אשר הצליחה להונות משקיעים "פשוטים" בלבד תהיה פטורה מלתת את הדין על מעשיה.¹⁹¹

גם הפסיקה האמריקנית הסתפקה בדרישה כי כישוריו של עורך הדין המנהל את התובענה הייצוגית יהיו הולמים, ולא דרשה כישורים דומים אצל התובע המבקש לייצג את חברי הקבוצה.¹⁹² גם תובע שידיעותיו בכל הנוגע לעובדות המהוות את עילת התובענה היו מעטות הוכר שם כתובע ראוי, כאשר עורך דינו היה בעל הידע הדרוש

החברה ובקיאותו באירועים נשוא התביעה מניחה את הדעת – שם, בע' 326. לגישה המבקשת לבטל את דרישת קיומו של התובע המייצג ראו: לוטן ורז, לעיל הערה 117, בע' 118 – 119.

190 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 302.

191 ת"א (ם-15/94, המ' 67/94 גבריל נ' אליאנס חברה לצמיגים בע"מ ואח', בפסקה 51 לפסק הדין.

192 *Wetzel v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 508 F. 2d 239, 247 (1975); *In re Western Union Securities Litigation*, 120 F.R.D. 629, 635 (1988); *Hoxworth v. Blinder Robinson & Co., Inc.*, *supra* note 139, at p. 923; *In Re Catfish Antitrust Litigation*, 826 F. Supp. 1019, 1037 (1993); *Violette v. P.A. Days Inc.*, 214 F.R.D. 207, 214-215 (2003).

ובעל הכישורים המתאימים לניהול התביעה.¹⁹³ בכל הנוגע לתובע עצמו, הסתפקה הפסיקה האמריקנית בכך שאין מדובר בתובע פיקטיבי.¹⁹⁴ כאמור, התקבלה גישה זו, ובצדק, גם בבית המשפט העליון שלנו, כדברי השופט שטרסברג-כהן בעניין שמש נ' רייכרט ואח':

אף אני סבורה כי אין להקפיד עם כישוריו וידיעותיו של התובע הייצוגי, וכי בדרך כלל, התובע הייצוגי ההולם הוא מי שיש לו אינטרס אמיתי ועניין ממשי בתביעה והבנה מסוימת בתביעה שאותה הוא מבקש להוביל נגד הנתבעים ובסוגיותיה המרכזיות. אין הכרח שהתובע יהיה מצוי בכל פרטי התובענה ויפגין בקיאות בכל הקשור לשוק ההון, ודי בכך שיוצג על ידי עורך דין בעל כישורים, בקיאות, ניסיון ויכולת לנהל את התובענה הייצוגית באופן מקצועי.¹⁹⁵

לשם הכרה בזכותו של התובע להגיש תובענה ייצוגית אין הוא צריך להצביע על כך שנגרם לו נזק גדול, ועל כן יש לו אינטרס כלכלי ממשי בהגשת התביעה. לאור אופייה המיוחד ומטרתה של התובענה הייצוגית, די בכך שהתובע יצביע על כך שיש לו אינטרס כלשהו בהגשת התביעה וכי מתמלאים יתר התנאים המוקדמים לאישור התובענה כייצוגית. בנידון זה אומרת השופטת שטרסברג-כהן:

הייתי מרחיקה לכת באומרי כי גם אם אין לתובע הייצוגי אינטרס כלכלי של ממש בתביעה, כגון שנוקו הוא זניח, די בכך שתובע ייצוגי – עורך דין, כלכלן וכיו"ב – יגיש תביעה בשמו ובשם כל הרבים הנפגעים. גישה מקלה זו נועדה למנוע מהגוף הפוגע את ניצול כוחו ועוצמתו לשם עשיית עושר על חשבון הציבור ופרטיו.¹⁹⁶

כאשר בית המשפט מגיע למסקנה כי עורך הדין המייצג את התובע בתובענה הייצוגית חסר את הניסיון הדרוש לניהול תובענה כזו, הוא רשאי להתנות את אישור הגשת

193 *Kreindler v. Chemical Waste Management, Inc.*, 877 F.Supp. 1140, 1159 (1995).
ראו גם Newberg, *supra* note 19, §3:34.

194 *Rand v. Monsanto Co.*, 926 F. 2d 596, 599 (1991).

195 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 303 – 304.

196 שם, בע' 304. במקרים רבים, הן בארץ ובעיקר בארצות הברית, הוגשו תביעות על ידי בעלי מניות שהחזיקו במספר זעום של מניות בחברה. תופעה זו נובעת מכך שמגיש התביעה דאגו לרכוש מספר זעום של מניות בחברות רבות, כדי לאפשר להם בכוא העת להגיש תובענה ייצוגית. כאמור, לאור המטרות של התביעה הייצוגית, אין מקום למנוע את הגשת התביעה רק עקב כך שבעל המניות שהגישה הוא בעל אינטרס מזערי בחברה. יש הסבורים כי בסיטואציה כזו אין להכיר בתובע כמייצג ראוי של הקבוצה, שכן תובע כזה מאפשר לעורך הדין לקבל את כל ההחלטות ללא מעורבות שלו. לתמיכה בגישה זו ראו: Buffone, *supra* note 26, at pp. 665-667.

התובענה בצירופו של עורך דין בעל הניסיון הדרוש,¹⁹⁷ או לא לתת אישור להגשת התובענה. נראה כי הדרך האחרונה היא הדרך המועדפת על ידי הנשיא ברק מהטעם:

כי יהיה מוטב שלא לכפות על הציבור הנפגע ייצוג על ידי תובע ייצוגי ובא כוח שאינם מנוסים או אינם בקיאים די הצורך – ושלא לחשוף את הנתבעים לתביעה שהיא בגדר תביעת בוסר ולכפות על התובעים ייצוג בלתי ראוי. אל לנו להגיע למצב בו עורך דין שלא ניחן בידע, בניסיון ובכישורים הדרושים לשם ניהול תביעה ייצוגית יוכר כמייצג ציבור נפגעים – מכוח "חזקה" שקנה לעצמו בעצם הגשת התביעה.¹⁹⁸

תובע עשוי להיחשב כתובע שאינו מתאים לייצג את חברי הקבוצה בתובענה שעיקר העילות המנויות בה כוללות נזק כרכיב ממרכיביהן, כאשר לו עצמו לא נגרם נזק. כדברי השופט שטרסברג-כהן:

העדר נזק אצל התובע הייצוגי מקים הגנה ייחודית לנתבע כלפי תובע זה. בשל כך מוסט הדיון לעניינו הפרטי של התובע הייצוגי והדיון בעילות שנזק בצידן הופך להיות צדדי או מיותר. בכך נפגם ייצוגה של הקבוצה.¹⁹⁹

גישה זו תואמת לגישת הפסיקה האמריקנית בסוגיה זו.²⁰⁰ כאשר נגרם לתובע נזק, העובדה שהנזק שנגרם לו הוא קטן, אין בה כדי לשלול את היותו מייצג נאות של הקבוצה, שהרי זוהי מטרה ראשונית של התובענה הייצוגית לאפשר תביעה לבעלי נזקים קטנים.²⁰¹ כיוון שעורך הדין הוא שמנווט את התביעה, ולא התובע עצמו, הרי שהמוטיבציה של עורך הדין לזכות בשכר הטרחה בהתאם להצלחתו יש בה כדי להבטיח שיינקטו המאמצים הראויים להצלחת התביעה. כך קובע השופט האמריקני Weinstein:

In contending that the size of the claims of the parties before the court should be given great weight in determining the question of adequacy of representation, the defendants assume that the plaintiffs' force in prosecuting the action is proportionate to the amount they hope to recover. This equation is based on the assumption that the plaintiffs bring this action solely to recover their individual damages... The realities of the situation here and

197 בדרך זו הלך בית המשפט בעניין שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17.

198 פסק דינו של הנשיא ברק בעניין שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 326 – 327.

199 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ ואח', לעיל הערה 83, בע' 268.

200 ראו, למשל, *In re Ribozyme Pharms Sec. Litig.* 192 F.R.D. 656, 662 (2000).

201 *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 391 F. 2d 555, 563 (1968).

in the vast majority of class actions suggest that the amount of possible recovery by the class rather than by the individual plaintiffs furnishes the motivating force behind prosecution... The prospect of handsome compensation is held out as an inducement to encourage lawyers to bring such suits... The instant case presents a classic example of such a lawsuit. Quite obviously, a major incentive to forceful prosecution is the substantial counsel fee plaintiffs' attorney believes he may be awarded if he is successful.²⁰²

פסילתו של תובע עקב כך שאינו מייצג הולם יכולה לנבוע גם מתפקוד לקוי שלו בניהול ההליכים המקדמיים לאישור התובענה הייצוגית.²⁰³ האם יש בקיומו של ניגוד עניינים בין התובע המבקש את אישור בית המשפט להגשת תובענה ייצוגית לבין חברי הקבוצה כדי לפסול אותו מלהיות תובע מייצג ראוי? לדעתי, קיומו של ניגוד אינטרסים יש בו כדי לפסול את התובע מלהיות תובע מייצג, באשר אין לראות בו כמי שעשוי לייצג בצורה הולמת את חברי הקבוצה.²⁰⁴ אפשרות להתייחסות לסוגיה של ניגוד עניינים במסגרת התנאי של ייצוג הולם הועלתה על ידי השופט רביד בעניין זמרוני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ.²⁰⁵ השופט מצייץ כי "אמנם נהוג לבחון העדרו של ניגוד עניינים במסגרת הדרישה ש"התביעה הוגשה בתום לב", אך קיימת גם הגישה כי משכנה הנאות של סוגיית ניגוד האינטרסים היא דווקא תחת כנפי דרישת הולמות הייצוג",²⁰⁶ ואכן השופט רביד בעניין זמרוני תומך בגישה השוללת את התאמתו של תובע לייצג קבוצה כאשר קיים ניגוד עניינים פוטנציאלי.²⁰⁷

בפסיקה האמריקנית אין אחידות בגישת בתי המשפט לשאלה זו. מצד אחד קיימת פסיקה שהכירה בכך כי ניגוד עניינים כזה פוסל את כשירותו של המבקש להכרה בו

202 *Dolgow v. Anderson*, *supra* note 112, at pp. 494-495.

203 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ ואח', לעיל הערה 83, בע' 268.

204 יש מקום לאמץ גם אצלנו את הפסיקה האמריקנית, שלפיה אפשרות ספקולטיבית של ניגוד אינטרסים בעתיד אין בה כדי לשלול את הייצוג בידי התובע. ראו *In re Mercedes-Benz* "However, while the Court must ensure that the interests of the plaintiffs are congruent, the Court will not reject the plaintiffs' claim of typicality on speculation regarding conflicts that may arise in the future".

205 לעיל הערה 84.

206 שם, בפסקה 55. בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, כלולה הדרישה לתום לב במסגרת של הולמות הייצוג – סעיף 7(א)(4) לתזכיר.

207 שם, בפסקה 58.

כתובע מייצג,²⁰⁸ בעוד שבמקרים אחרים הוכרה אפשרות ייצוג גם במקרה של ניגוד עניינים.²⁰⁹ ההסבר לכך שניגוד אינטרסים לא הביא בהכרח לפסילתו של התובע הייצוגי נובע ממעמדו הפסיבי של התובע הייצוגי בניהול התביעה שמתבצע למעשה בידי עורך הדין.²¹⁰

שאלה אחרת היא מתי מתקיים ניגוד עניינים. שאלה זו רלוונטית, כמובן, רק אם מתקבלת הגישה שלפיה יש בניגוד עניינים כדי לפסול את כשירותו של התובע לשמש כתובע מייצג. בפסיקה ובספרות האמריקניים ננקטה העמדה כי ניגוד האינטרסים צריך להתייחס לנושא התביעה.²¹¹ לפי גישה זו, ניגוד אינטרסים שאינו קשור להתדיינות לא פוגע בהולמות הייצוג. כך, למשל, נפסק שם כי העובדה שהתובע היה מתחרה עסקי של חברי הקבוצה אינה הופכת את הייצוג על ידיו לבלתי נאות.²¹² כדוגמה לקיומו של ניגוד עניינים, שיש בו כדי לפסול את הגשת התובענה הייצוגית, ניתן להביא את התביעה של זמרוני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה.²¹³ במקרה זה הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשם גמלאי שירות המדינה ועובדים בשירות המדינה נגד חברה, שנוסדה במטרה לתת שירותי סעד ורווחה לעובדים בשירות המדינה, בעילות של קיפוח והפרת חוזה. השופט רביד קובע כי:

במצב דברים זה, קיים ניגוד אינטרסים מהותי בין הגמלאים, שהנאתם משירותי החברה הנה מועטה, אם בכלל, ועל כן אין הם מעמידים לנגד עיניהם את טובתה, לבין עובדי המדינה שעודם נהנים ותלויים בשירותיה, ועל כן אינם מעוניינים בהתמוטטותה.²¹⁴

לאור תפקידו של בית המשפט לדאוג כי ענייניהם של אלה שאינם משתתפים בהליך מיוצגים כראות, קובע בית המשפט כי אין לאשר את התובענה כייצוגית, עקב ניגוד האינטרסים האמור.

208 ראו למשל: *Phillips v. Klassen* 502 F.2d 362 (1974); *Mularkey v. Holsum Bakery, Inc.*, 120 F.R.D. 118, 121 (1988); *Hoxworth v. Blinder, Robinson & Co., Inc.*, *supra* note 139, at p. 923; *Smith v. Suprema Specialties, Inc.*, 206 F.Supp. 2d 627, 633 (2002).

209 ראו למשל: *Kaplan v. Pomerantz*, 131 F.R.D. 118 (1990); *Christiana Mortgage Corporation v. Delaware Mortgage Bankers Association*, 136 F.R.D. 372 (1991).

210 ראו גם חביב-סגל, לעיל הערה 35, בע' 597.

211 George M. Strickler "Protecting the Class: The Search for the Adequate Representative in Class Action Litigation" 34 *DePaul L. Rev.* (1984) 73, 103;

.Newberg, *supra* note 19, §§3:23, 3:25

212 Strickler, *ibid*, f.n. 141

213 לעיל הערה 84.

214 פסקה 60 בפסק הדין.

שאלה היא אם יש לראות ניגוד עניינים בכך שהתובע מכר את מניותיו לפני הגשת התובענה, בעוד שחברי קבוצה אחרים עדיין מחזיקים במניות החברה, או, להיפך, כאשר התובע ממשיך להחזיק במניות, כאשר חברי הקבוצה האחרים מכרו את מניותיהם. על אף שעילת התביעה עשויה להיות משותפת לכולם, יכולה להישמע הטענה במקרה הראשון, כי העובדה שהתובע אינו עוד בעל מניות בחברה משמעה כי אין לו עניין בטובתה של החברה, בניגוד לחברי הקבוצה שנותרו בעלי מניות בחברה. במקרה השני, יכולה להישמע הטענה כי העובדה שהתובע נשאר בעל מניות בחברה גורמת לכך שיש לו אינטרס להקטין עד כמה שאפשר את גובה הפשרה או פסק הדין כדי להקטין את השפעתם על שווי המניות. בפסיקה האמריקנית נקבע כי כמעט בכל התביעות הנוגעות לניירות ערך יהיו חברים בקבוצה אלה שמכרו את מניותיהם ואחרים שהמניות נותרו בידיהם, ואין בכך כדי ליצור ניגוד עניינים.²¹⁵ נראה לי כי פסיקה זו מבטאת מדיניות משפטית ראויה. אם לחברי הקבוצה יש עילת תביעה זהה, אין מקום להבחין בין בעלי מניות שמכרו את מניותיהם לכאלה שהמשיכו להחזיקן. אין לאלץ את בעל המניות להמשיך להחזיק במניות שברשותו כתנאי לאישורו כתובע מייצג. כדי שיתמלא התנאי שלפיו עניינם של חברי הקבוצה ינוהל בדרך הולמת בידי התובע, צריך להתקיים גם התנאי בדבר יכולתו הכלכלית של התובע לשאת בעלויות התביעה. כאשר מדובר בחברה ציבורית, יכול התובע להסתייע במימון ההוצאות ברשות לניירות ערך.²¹⁶ בכל מקרה אחר, כאשר התובע אינו מקבל מימון מהרשות לניירות ערך, עליו להראות לבית המשפט כי הוא מסוגל לשאת בעלויות הכרוכות בניהולת התביעה.²¹⁷

In re Western Union Securities Litigation, 120 F.R.D. 629, 639 (1988); **In re AM 215**
International Inc. Securities Litigation, 108 F.R.D. 190 (1985). ראו, לעומת זאת, את פסק הדין בעניין **Mularkey v. Holsum Bakery, Inc, supra note 208**, at p.121. שבו נדונה תביעתם של קבלנים שעסקו בהפצת מוצרי מאפה של המאפייה בטענה של הפרת חוקי ההגבלים העסקיים. בית המשפט קבע כי לצורך ההכרעה בשאלת האחריות, אין מניעה שהקבוצה תהיה מורכבת מקבלנים לשעבר ומכאלה שממשיכים לעסוק בהפצת המוצרים. אולם, אם התובעים יהיו מעוניינים בתשלום פיצויים בשם הקבלנים בהווה ובעבר, יש לצרף מפיצים שעדיין מועסקים בחברה כתובעים מייצגים, בנוסף לתובעים המייצגים הנמנים עם המפיצים לשעבר. על אף שמדובר בקבלנים ולא בבעלי מניות, יכולה להישמע הטענה כי השיקול שעמד ביסוד פסק הדין האחרון יפה במידה שווה גם לגבי בעלי מניות בחברה. ראו גם לוטן ורוז, לעיל הערה 117, בע' 180.

216 סעיף 209 לחוק החברות. ראו להלן בטקסט הסמוך להערות 357 – 362.

217 ה-ABA Model Code of Professional Responsibility, מאפשר לעורכי הדין לשלם את העלויות של ההתדיינות. עד 1983 היה תשלום זה מותנה בכך שהלקוח יישאר אחראי להוצאות אלה. התיקון של כלל 1.8(e) ב-1983 קבע כי עורך הדין רשאי לשלם את הוצאות ההתדיינות, כאשר ההחזר שלהן יכול להיות מותנה בתוצאות. ראו לעניין זה, **Newberg, supra note 19**, §3:37. בפרקטיקה, עורכי הדין אינם נוהגים לחייב את הלקוחות שבשם מוגשות התובענות הייצוגיות להחזיר להם את ההוצאות במקרה שהתובענה נכשלה. הגם שיש פסיקה, שבדקה את היכולת הכספית של התובע הייצוגי, נשמעה הטענה כי אין לכך כל הצדקה, שכן בפועל עורכי הדין

בעניין אנליסט אי.אם.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח' קבע השופט שטרוזמן כי על בית המשפט לדרוש ראיות בכל הנוגע ליכולתו של התובע הייצוגי לשאת במימון התביעה.²¹⁸

על פי החוק הישראלי, על בית המשפט לבדוק את השאלה אם התובע שהגיש את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית עשוי לייצג באופן הולם את הקבוצה, כאשר בדרך כלל, אם לא מוגשות מספר בקשות כאלה, אין בפני בית המשפט בחירה של תובעים אפשריים אחרים. כדי להקנות לבית המשפט אפשרות בחירה כזו, הוספה בחוק האמריקני באמצעות ה-Private Securities Litigation Reform Act of 1995 דרישה כי על התובע המבקש להגיש תובענה ייצוגית לפרסם הודעה תוך 20 ימים מהגשת התובענה בעיתונות עסקית נפוצה או בדרך דומה בדבר הגשת התובענה ובדבר זכותו של כל חבר בקבוצה לבקש לשמש כתובע המייצג תוך 60 יום ממועד פרסום ההודעה.²¹⁹ תוך 90 יום מפרסום ההודעה, יבחר בית המשפט את מי שנראה בעיניו כמתאים ביותר לייצוג האינטרסים של הקבוצה כתובע המוביל של הקבוצה,²²⁰ וזה בוחר את עורך הדין שייצג את הקבוצה, כפוף לאישורו של בית המשפט.²²¹

הליך כזה מרחיב את אפשרות הבחירה של בית המשפט. לקיומה של אלטרנטיבה אחרת לתובע המייצג יש חשיבות באותם מקרים שבהם אין התובע מתאים או ראוי לייצג את הקבוצה, כגון: כאשר לתובע לא נגרם נזק, כאשר מרבית עליות התביעה

הם שנושאים בעלויות, ועל כן בדיקת היכולת הכספית צריכה להתייחס אליהם. אילו בעל המניות, בעל ההחזקה הקטנה בחברה, היה יודע כי הוא מסתכן בעלויות התביעה, במקרה של כישלונה, לא היו מוגשות תובענות ייצוגיות. ראו Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller "The Plaintiff's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform" 58 U.Chi.L.Rev. (1991) 1, 85-91; Geoffrey P. Miller "Payment of Expenses in Securities Class Actions: Ethical Dilemmas, Class Counsel and Congressional Intent" 22 Rev. Litig. (2003) 557, 559 הרפורמה מ-1995 שנועד לגרום להגשת תביעות בידי גופים מוסדיים, כפי שמבואר לעיל, עשוי לגרום לכך שבית המשפט לא יצטרך לקבל ראיות לגבי היכולת הכלכלית של התובע.

218 ת"א (ת"א) 1252/92, דינים מחוזי לב(1) 359. השופט קובע כי: "אילו אישורי את התובענה הייצוגית היה מותנה בהכרתי את יכולת המבקשת לייצג בדרך הולמת את עניינם של חברי הקבוצה לא הייתי סומך על עדות השמועה בדבר יכולתה של המבקשת והכרתי פרקליט זה או אחר מפרקליטיה בייצגו בעלי דין אחרים בפני אלא מתיר למבקשת להביא בפני את ראיותיה על המימון הנדרש, ככל שניתן לצפות, עבור ניהול התביעה, לרבות, אם יהיה חיוב, בתשלום הוצאות למשיבות ויכולתה לשלמו, ועל הכשרתם של פרקליטיה לניהול משפט זה עד לסימומו בפסק דין סופי".

219 Securities Act of 1933 §27(a)(3)(A); Securities Exchange Act of 1934 §21D(a)(3)(A)

220 Securities Act of 1933 §27(a)(3)(B); Securities Exchange Act of 1934 §21D(a)(3)(B)

221 Securities Act of 1933 §27(a)(3)(B)(v); Securities Exchange Act of 1934 §21D(a)(3)(B)(v)

מושתתות על קיומו של נזק,²²² כאשר יש ניגוד עניינים בין התובע לבין חברי הקבוצה²²³ וכיו"ב. במקרים כאלה אם יש לבית המשפט אפשרות להחליף את התובע הבלתי ראוי בתובע מייצג שממלא אחר הדרישות הקבועות בחוק, ראוי שבית המשפט לא ידחה את הבקשה לתובענה ייצוגית, אלא יחליף את התובע המייצג.²²⁴ במקרים כאלה יש בהליך שנתחדש בחוק האמריקני כדי לספק לבית המשפט אלטרנטיבה לתובע המבקש את אישור התובענה הייצוגית. במקרים שאין פסול מהסוג האמור והבדיקה מתמקדת בשאלת המסוגלות של התובע לייצג את הקבוצה, כיוון שבסופו של דבר הבחינה נעשית על פי בדיקת הנאותות של עורך הדין המנהל את התביעה, הרי שדי בכך שעורך הדין ראוי לנהל את ההליכים, ואין מקום לבדוק את כישוריו של התובע עצמו, כמבואר לעיל.²²⁵ היות שלא ניתן לדעת מראש, לפני הגשת הבקשה, אם יתייחס בית המשפט אל התובע כתובע הראוי, יש מקום לשקול גם אצלנו את אימוץ ההליך האמריקני האמור, שנועד להציג בפני בית המשפט אלטרנטיבה לתובע המייצג שבפניו, מקום שזה אינו ראוי לייצג את הקבוצה, וכן לאפשר לבית המשפט בכל המקרים לבחור את התובע המייצג המתאים ביותר.

האם עורך הדין המגיש את הבקשה יכול לשמש בעצמו כתובע מייצג?

שאלה זו נובעת משתי בעיות שהועלו בהקשר זה: האחת – האינטרסים השונים שיש לחברי הקבוצה ולעורך הדין. בעוד שחברי הקבוצה מעוניינים בגידול הפיזיו שיינתן להם, עורך הדין מעוניין בשכר הטירחה שייפסק לטובתו.²²⁶ הבעיה השנייה – התובע המייצג אמור לפקח על עורך הדין לטובת כלל חברי הקבוצה.²²⁷ שתי בעיות אלה אין בהן, לדעתי, כדי לפסול באופן קטגורי עורך דין מלשמש תובע מייצג. בכל הנוגע לקושי הראשון: ראשית, מתח זה בין רצונו של עורך הדין להגדיל את שכר הטירחה שלו לעומת רצונו של חברי הקבוצה להגדיל את הסכום שיקבלו, קיים בכל התובענות הייצוגיות ואינו מיוחד למקרים שבהם עורך הדין, שהוא אחד מחברי הקבוצה, מייצג את הקבוצה.²²⁸ שנית, כאשר עורך הדין מייצג את עצמו כתובע ייצוגי

222 ראו לעיל טקסט בסמוך להערות 199 – 200.

223 ראו לעיל טקסט בסמוך להערות 204 – 215.

224 החלפה כזו תשמור על היעילות, שהיא אחת המטרות החשובות של התובענה הייצוגית, על ידי מניעת הצורך בהגשת תביעה חדשה על ידי גורם אחר, כאשר על בית המשפט יהיה לבדוק מחדש את העמידה במכלול התנאים להגשת התובענה. ראו גם: Kelly A. Freeman "Conflicts of Interest in Class Action Representation vis-a-vis Class Representative and Class Counsel" 33 *Wayne L. Rev.* (1986) 141, 155-157. תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 מסמיך את בית המשפט לצרף תובע או להחליפו כדי להבטיח את הייצוג ההולם – סעיף 8 לתזכיר.

225 ראו לעיל טקסט בסמוך להערות 190 – 195.

226 ראו גם לוטן ורו, לעיל הערה 117, בע' 200.

227 ראו גם לוטן ורו, לעיל הערה 117, בע' 200.

228 ראו גם *Newberg, supra* note 19, §3:40.

הוא בעל שני סוגים של אינטרסים: אינטרס כבעל מניות תובע, המעוניין בהגדלת הפיצוי, ואינטרס כעורך דין, המעוניין שבית המשפט יפסוק לו שכר גבוה ככל האפשר. כיוון ששכר הטירחה של עורך הדין נקבע על פי החוק הישראלי על ידי בית המשפט, נראה לי כי אין מתעוררת במקרה כזה בעיה של ניגוד עניינים בין האינטרסים האמורים, באופן שמצדיק שלילת האפשרות של ייצוג הקבוצה בידי עורך דין שהוא גם חבר בקבוצה.²²⁹ בכל הנוגע לקושי השני – איני רואה בעיה בהיעדר פיקוח של התובע המייצג על עורך הדין. בכל מקרה אפשרויות הפיקוח של התובע על עורך הדין הן מוגבלות, ויתירה מזו, חוק החברות מקנה פיקוח לבית המשפט, באמצעות דרישה לאישור של בית המשפט בכל מקרה של רצון לסיים את התובענה שלא באמצעות פסק דין.²³⁰ אכן, זו היתה גם עמדתה של השופטת אלישך בעניין גולדשטיין נ' חברת החשמל לישראל בע"מ,²³¹ בכל הנוגע לאפשרות שעורך הדין המגיש תובענה ייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן יעשה כן בשם עצמו כתובע ייצוגי. על אף שהועלו טענות כנגד מצב זה, לא ראתה השופטת אלישך פסול בכך.

הפסיקה האמריקנית חלוקה בשאלה זו של אישור עורך דין לשמש תובע מייצג.²³² ה-Securities Act of 1933 וה-Securities Act of 1934, בעקבות תיקון שהוכנס בהם באמצעות Private Securities Litigation Reform Act of 1995, מתייחסים לסוגיה של עורך דין שיש לו אינטרס בניירות הערך של החברה הנתבעת בקובעם:

If a plaintiff class is represented by an attorney who directly owns or otherwise has a beneficial interest in the securities that are the subject of the litigation, the court shall make a determination of whether such ownership or other interest constitutes a conflict of

229 ההסדר הישראלי בכל הנוגע לשכר הטירחה של עורך הדין שונה מזה שנהוג בארצות הברית. על כן, אין הצדקה לאמץ אצלנו את הפסיקה של רוב בתי המשפט בארצות הברית ששללה אפשרות כזו של עורך דין כתובע מייצג. ראו לעניין זה Kelly A. Freeman "Conflicts of Interest in Class Action Representation vis-à-vis Class Representative and Class Counsel" 33 **Wayne L. Rev.** (1986) 141, 142 & 146-148.

230 ראו להלן פרק 1.1.1-1.2.

231 ת"א (ת"א) 937/95, דינים מחוזי כו(5) 356.

232 ראו, למשל, פסיקה שקבעה כי אין עורך הדין יכול להיות גם תובע מייצג **Susman v. Lincoln American Corp.**, 561 F.2d 86, 90-92 (1977); **In re California Micro Devices Securities Litigation**, 168 F.R.D. 257, 260 (1996). לעתים נפסל עורך דין בגלל היותו קרוב משפחה של תובע מייצג. ראו **In re Consumers Power Company Securities Litigation**, 105 F.R.D. 583, 602-603 (1985). לעומת זאת, נקבע בפסקי דין אחרים כי אין מניעה שעורך דין ישמש כתובע מייצג. ראו, למשל, **Lamb v. United Security Life Co.**, 59 F.R.D. 25, (1972) 30-31. לחילוקי הדעות הקיימים בסוגיה זו בפסיקה האמריקנית ראו Newberg, *supra* note 19, §3:40.

interest sufficient to disqualify the attorney from representing the plaintiff class.²³³

הסעיפים מתייחסים אפוא לעורך דין שמייצג בעל מניות אחר בחברה ולא את עצמו כבעל מניות, אולם אותו עורך דין הוא גם בעל מניות בחברה או שיש לו בה אינטרס אחר. הסעיפים אינם פוסלים את האפשרות שאותו עורך דין ישמש כעורך דין בתובענה הייצוגית ומשאירים בידי בית המשפט את ההכרעה אם יש בכך כדי לגרום לניגוד אינטרסים שבגינם יש לפסול את כשירותו לשמש כעורך דין בתובענה הייצוגית. חוק החברות שולל את זכות הנתבע לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה של הולמות הייצוג בידי התובע.²³⁴ השופט שטרסברג-כהן רואה את הרציונל להוראה זו ברצון "למנוע הטורדה חוזרת ונשנית של התובע בשאלת הולמות הייצוג".²³⁵ נראה לי כי הרציונל של ההוראה נובע מרצונו של המחוקק לדאוג לכלל התובעים המיוצגים על ידי מגישי התובענה הייצוגית. לאור העובדה, שפסק הדין בתובענה הייצוגית מחייב את כל הקבוצה שהיתה מיוצגת בתובענה, יש צורך לדאוג לכך שאכן התביעה תנוהל בידי גורם הכשיר לכך. אין מקום אפוא לתת לנתבעים זכות עמידה בהקשר זה, באשר לא עליהם באה הוראה זו להגן. החוק אינו מונע מהנתבעים את האפשרות לטעון בכל הנוגע לקיומו של תנאי זה בשלב הראשוני של הדיון באישור התובענה, אולם לאחר שבית המשפט החליט להכיר בכשירות התובע, אין הנתבעים רשאים לערער על החלטה זו. בארצות הברית יש חילוקי דעות בשאלה אם יש להקנות לנתבע זכות עמידה בכל הנוגע להתנגדות למינויו של תובע מייצג. מרבית הפסיקה קבעה כי אין לנתבע זכות עמידה בכל הנוגע לבחירתו של התובע המייצג.²³⁶ עם זאת, קיימת גם פסיקה שהכירה בכך שיש מקום לשמוע את התנגדותו של הנתבע, באשר יש בכך כדי להועיל להליך.²³⁷ קיימת גם פסיקה שנקטה דרך ביניים, בקובעה כי זכות העמידה של הנתבע בכל הנוגע לבחירת התובע המייצג מותנית בבסיס ההתנגדות שלו. כך נפסק כי לנתבע יש אינטרס להבטיח את מילוי דרישות החוק בכל הנוגע למשלוח ההודעה לחברי הקבוצה, כפי שיש לו לגבי הדרישות האחרות הנוגעות לקביעת הקבוצה, והוא רשאי להתנגד על בסיס זה.²³⁸ כאמור, המחוקק הישראלי שולל את זכותו של הנתבע לערער על החלטה בכל הנוגע למילוי התנאי שהתובע ראוי לייצג בדרך

233 Securities Act of 1933 §27(a)(8); Securities Exchange Act of 1934 §21D(a)(9)

234 סעיף 210(א)(4) לחוק החברות.

235 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 302.

236 **Richard NMI Bell v. Ascendant Solutions, Inc.**, 2002 U.S. Dist. Lexis, 6850; **Gluck v. Cellstar Corp.**, 976 F. Supp. 542, 550 (1997); **Greebel v. FTP Software Inc.**, 939 F. Supp. 57, 59-61 (1996)

237 **Fields v. Biomatrix, Inc.**, 198 F.R.D. 451, 454 (2000); **King v. Livent, Inc.**, 36 F. Supp. 2d 187, 191 (1999)

238 **In re USEC Sec. Litig.**, 168 F. Supp. 2d 560, 566 (2001)

הולמת את חברי הקבוצה, והוא אינו שולל את זכותו לטעון כנגד מילוי של תנאי זה בשלב הדיון בבקשה.

(5) התנאי החמישי שצריך להתקיים כתנאי לאישור התובענה הייצוגית הוא קיומו של תום לב. סעיף 210(ב) קובע כי:

בית המשפט לא יאשר את התובענה הייצוגית אם מצא כי התובענה הוגשה בחוסר תום לב.

בהבדל מחוק ניירות ערך, שקבע את דרישת תום הלב כתנאי הראשון מבין התנאים שבית המשפט צריך להשתכנע בדבר קיומם לצורך אישור התובענה הייצוגית,²³⁹ נקבעה הדרישה של תום לב בחוק החברות לחוד בס"ק (ב). הסיבה לשוני מוצאת ביטוי באופן הניסוח של הסעיף. ניסוח הסעיף בחוק החברות הוא נגטיבי. אם מתמלאים התנאים שקבועים בס"ק (א), יאשר בית המשפט את התובענה. אולם, גם במקרה זה יימנע בית המשפט מאישור כאשר מצא כי התובענה הוגשה בחוסר תום לב.

גם אם לא היה נכתב במפורש בחוק שהיעדר תום לב שולל את אישור הגשת התובענה, היה מקום להגיע לתוצאה זו על סמך סעיף 39 לחוק החוזים, שיש לו תחולה כללית על כל שימוש בזכות משפטית,²⁴⁰ כולל הפעלת כוחות משפטיים דיוניים.²⁴¹ אופיו הקודיפיקטורי של החוק גרם לכך שהמחוקק לא הסתפק בכך שדרישת תום הלב היתה קיימת בכל מקרה, והוא ציין זאת במפורש.²⁴²

239 דרישת תום הלב נקבעה בחוק ניירות ערך בסעיף 1(ב)54, שבוטל, כאמור, על ידי חוק החברות.

240 סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

241 בר"ע 305/80 שילה ואח' נ' רצקובסקי ואח', פ"ד לה(3) 449, 461 – 462.

242 גם מבחינת נטל ההוכחה אין הבדל. אילו לא היה הסעיף מתייחס לדרישת תום הלב, גם אז היה על הטוען שאין מקום לאישור התובענה עקב היעדר תום לב, להוכיח את טענתו. באשר לנטל ההוכחה, ראו להלן בפרק ד. איני שותפה לדעה שהובעה על ידי שר, ולפיה יש לבטל את הדרישה הכלולה בחוק לקיומו של תום לב, מהטעם שהוספתה פוגמת ביעילות של מנגנון התובענה הייצוגית עקב כלליותו של המושג והיותו מושג מסגרת, דבר שיש בו כדי ליצור חוסר ודאות באשר להפעלתו של המנגנון – שר, לעיל הערה 22, בע' 287. לדעתי, ביטול ההוראה בחוק המתייחסת לדרישת תום הלב לא היה בה כדי לשנות את המצב המשפטי לאור הדרישה הכללית לשימוש בזכות משפטית בתום לב, כמבואר בטקסט. תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, כולל את דרישת תום הלב במסגרת הדרישה להתאמתם של התובע ובה כוחו לייצג "בדרך הולמת ובתום לב את עניינם של חברי הקבוצה" – סעיף 7(א)(4) לתזכיר.

שאלה היא מהו תום לב בהקשר זה ?
 למונח "תום לב" אין פרשנות אחידה בחוקים השונים שבו הוא מופיע. המונח צריך להתפרש בהתאם למטרה התחיקתית של ההוראה.²⁴³
 דרישת תום הלב של תובע ייצוגי כתנאי מוקדם להגשת התובענה הייצוגית נועדה למנוע הגשת תובענה ייצוגית על ידי מי שבכוונתו להשיג מטרות זרות הנוגדות את תכלית התובענה הייצוגית.²⁴⁴
 תום הלב אינו מתקיים כאשר "התובענה הייצוגית הוגשה מתוך מניעים פסולים, כגון פגיעה בחברה מתחרה או רצון "לסחוט פשרה", כדברי הנשיא ברק בעניין טצת ואח' נ' זילברשץ ואח'.²⁴⁵ כמו כן, הכיר בית המשפט באי פירוט של מכלול העובדות הרלוונטיות בכתב התביעה כעולה כדי חוסר תום לב.²⁴⁶
 תובע שרכש את מניותיו כדי להגיש את התביעה, יש לראותו כחסר תום לב.²⁴⁷
 במסגרת התנאי של תום לב נבדקה בפסיקה גם שאלת ניגוד העניינים בין התובע לבין חברי הקבוצה שאותה הוא מבקש לייצג,²⁴⁸ הגם ששאלה זו צריכה להיבדק במסגרת קיומו של התנאי הדורש שעניינם של כל חברי הקבוצה ייוצג וינחה בדרך הולמת על ידי התובע.
 האם בעל מניות המגיש תובענה ייצוגית מתוך כוונה להפיק רווחים, כאשר יעלה בידו להוכיח את עילת התביעה, יכול להיחשב כמי שהגיש את התובענה בתום לב ? בית

243 בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד לה(1) 828, 834; ע"א 788/79 ריימר נ' עובד המנוח ברקו (דב) רייבר, פ"ד ל(2) 148, 141 – 149; א' ברק פרשנות במשפט, כרך שני, פרשנות החקיקה (התשנ"ג) 741 – 742.
 244 ראו גם: לוטן ורו, לעיל הערה 117, בע' 131. השוו גם דבריה של השופטת רות שטרנברג-אליעזר בכל הנוגע למשמעות הדרישה לתום לב כתנאי לאישור תובענה ייצוגית על פי חוק הגנת הצרכן בת"א (ת"א) 2532/99, בש"א 57779/99 עמותת קו הם לצרכן נ' טרנס וורלד איירליינס אינק (פסק דין מיום 3.7.00).

245 לעיל הערה 18, בע' 788.

246 זמרוני ואח' נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, לעיל הערה 84.

247 השוו הוספת הוראות בחוקי ניירות הערך בארצות הברית באמצעות החוק המתקן מ-1995 (Private Securities Litigation Reform Act of 1995) ולפיהן על התובע להצהיר כי לא רכש מניות בחברה למטרה של הגשת התביעה – Securities – Exchange Act of 1934 §21D(a)(2)(A)(ii); Securities Act of 1933 §27(a)(2)(A)(ii); לעיל הערה 22, בע' 290.
 לדעתו "אין זה ראוי בדרך כלל למנוע את הגשת התובענה גם ממי שרכש ניירות ערך לצורך הגשת התובענה. כך תושג יעילות ההליך וינתנו התמריצים הראויים למשקיעים לפקח על החברות הציבוריות ולהשקיע זמן ומאמץ באיתור ההפרות כלפיהם מצד החברות". בגישה זו, שאינה שוללת תום לב עקב רכישת מניות לשם הגשת תביעה, תומכת גם אורנה דויטש בספרה מעמד הצרכן במשפט (התשס"ג) 239.

248 זמרוני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, לעיל הערה 84, בפסקה 66 לפסק הדין.

המשפט העליון השיב על השאלה בחיוב.²⁴⁹ תום הלב אינו נשלל עקב רצונו של התובע להפיק טובת הנאה מהגשת התביעה. הדבר מוצא חיזוק בכך שהמחוקק עצמו נותן תמריץ להגשת התביעה באמצעות הענקת שיקול דעת לבית המשפט לשלם גמול לתובע שטרח בהגשת התביעה ובהוכחתה.²⁵⁰ משמע, רצונו של התובע ליהנות מהתמריץ שהמחוקק העניק לו, אין בו כדי לפסול את תום לבו.²⁵¹ היותו של התובע משקיע מתוכם, אין בו כדי לפגוע בתום לבו, ועל כן אין בו כדי לשלול את כשירותו לשמש תובע ייצוגי.²⁵² האם העובדה כי המבקש אישור להגשת תובענה ייצוגית מרבה בהגשת תובענות ייצוגיות יש בה כדי לשלול את תום לבו?

הפסיקה התייחסה לריבוי תביעות כגורם להדלקת נורה אדומה לגבי תום הלב של התובע הייצוגי.²⁵³ ריבוי הגשת תובענות ייצוגיות בידי אותו אדם יכולה להצביע על כך כי כוונתו ללחוץ על הנתבעים באמצעות הגשת התובענה, כדי שאלה יגיעו אתו לפשרה. מחקרים שנעשו בארה"ב הראו כי כ-70% מהתובענות הייצוגיות המוגשות נגד חברות הנסחרות בבורסה מסתיימות בפשרה, ואילו במקרים האחרים, שאינם מסתיימים בפשרה, זוכה החברה במרבית המקרים.²⁵⁴ נתונים אלה מצביעים על כך שחלק גדול מהתביעות הוגש ללא בסיס, מתוך כוונה לגרום לחברה להגיע לכדי פשרה. גם בארץ, התובענות הייצוגיות שהוגשו נגד חברות נסחרות מסתיימות ברובן בפשרה. ההסבר לכך נעוץ בנכונותן של החברות להתפשר כדי להימנע מהתדיינות ממושכת ויקרה. כדי למנוע ניצול לרעה של מכשיר חשוב זה, יש לבדוק היטב את טיבו של מגיש התביעה, כדי לוודא שאין הוא עושה שימוש בלתי ראוי בתובענה הייצוגית.

ריבוי הגשת התביעות עשוי להצביע על ניצול לרעה של מכשיר התובענה הייצוגית, אולם אין בכך כדי להכריע. אם מתברר כי התובענות שהוגשו בידי התובע היו ראויות, ולא נועדו למטרות "סחיטה" בלבד, עצם העובדה כי התובע הגיש מספר תובענות לא תעמוד לחובתו.²⁵⁵

249 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 295 – 296.

250 סעיף 215 לחוק החברות.

251 השוו גם הפסיקה לגבי תובענה ייצוגית צרכנית, ולפיה רצונו של התובע לזכות בשכר טרחה ובפרסום עקב הגשת התביעה אין בו כדי לשלול את תום לבו – ת"א (ת"א) 937/95, המ' 7295/95 גולדשטיין נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, דינים מחוזי כו(5) 356.

252 טצת ואח' נ' א' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 788; רע"א 1561/95 גבריל ואח' נ' אליאנס חברה לצמיגים (1992) בע"מ ואח', תק-על 96(2) 879.

253 עמותת קו חם לצרכן נ' טרנס וורלד איירליינס אינק, לעיל הערה 244.

254 Buffone, *supra* note 26, at p. 670.

255 ראו גם דברי השופט שטרנברג-אליעזר בעניין עמותת קו חם לצרכן, לעיל הערה 244.

עומד על כך הנשיא ברק בפסק הדין בעניין טצת ואח' נ' זילברשץ ואח':

היסטוריה של תביעות ייצוגיות עשויה להצביע על היעדר תום לב. אך לעניין זה לא די בעצם הגשתן של תביעות ייצוגיות בעבר, אלא יש לבחון את תנאיהן, תוצאותיהן ונסיבותיהן. אכן, לשם ביסוס טענה בדבר היעדר תום לב הנובע מתביעות סרק ייצוגיות, יש להניח, בראש ובראשונה, תשתית ראייתית לכאורית מתאימה.²⁵⁶

במקרה שעמד בפניו, קבע הנשיא ברק כי מדובר בתביעה שנייה בלבד של התובע, כך שאין מקום לדבר על תובע שמרבה בהגשת תביעות. בנוסף לכך, התובע רכש מניית בחברה בסכומים משמעותיים, דבר ששולל טענה בדבר חוסר תום לב. בארצות הברית הוכרה התופעה של התובע המקצועי, שמרבה בהגשת תביעות ייצוגיות בצורה קיצונית. הספרות המשפטית האמריקנית מדווחת על תובעים, שהגישו עשרות תביעות ובאחד המקרים אף למעלה ממאה תביעות.²⁵⁷ ההחזקה של תובעים מקצועיים אלה בחברות שבהן הוגשו התביעות היו מזעריות, והם גרפו, ביחד עם עורכי דינם, סכומי עתק, תוך פגיעה בבעלי המניות שהיה להם אינטרס פיננסי יותר משמעותי בחברה.²⁵⁸ החקיקה האמריקנית פתרה בעיה זו של תובעים, שמשמשים "חרב להשכיר" בידי עורכי דין במספר רב של תובענות, באמצעות האיסור שנקבע שם ב-1995, The Private Securities Litigation Reform Act,²⁵⁹ לשמש תובע ייצוגי ביותר מחמש תובענות במשך תקופה של שלוש שנים, אלא אם כן קיבל אישור לכך מבית המשפט.²⁶⁰

256 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 790.

257 ראו, למשל: J.C. Coffee "The Regulation of Entrepreneurial Litigation Balancing: Fairness and Efficiency in the Large Class Action" 54 *U.Chi.L.Rev.* (1987) 787, 885 note 17; Macey & Miller "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendation for Reform" 58 *U.Chi.L.Rev.* (1991) 1, 74.

258 Lechner, *supra* note 35, at pp. 928-929.

259 Joel Seligman "The Private Securities Reform Act of 1995" 38 *Ariz. L.Rev.* (1996) 717.

260 החוק המתקן הכניס חידוש זה באמצעות הוספת ההוראות הבאות לחוקי ניירות הערך: Securities Exchange Act of 1934 §21D(a)(3)(B)(vi); Securities Act of 1933 §27(a)(3)(B)(vi). הפסיקה קבעה כי האלמנט הקובע הוא אם התובע אכן שימש 5 פעמים כתובע ייצוגי ולא אם ביקש להתמנות – *In re Telxon Corporation Securities Litigation*, 67 F. Supp. 2d 803, 820 (1999). באשר לשאלה אם מגבלה זו חלה גם על משקיע מוסדי אין אחידות דעים בפסיקה. יש פסיקה שקבעה כי מגבלה זו חלה גם לגבי משקיע מוסדי, כאשר לבית המשפט מוקנה שיקול דעת להחליט למנותו כתובע מוביל, על אף ששימש כתובע ייצוגי חמש פעמים במשך שלוש שנים. ראו, למשל, *In re Telxon Corporation Securities Litigation*, *ibid* at p. 821. מנגד, קיימת פסיקה שלפיה המגבלה הנדונה אינה חלה על משקיע מוסדי לאור מטרת החוק בהצבת מגבלה זו

כמו כן, הוסף באמצעות החוק מ-1995 איסור על התובע המייצג לקבל פיצוי מיוחד.²⁶¹ המטרה של הוראות אלה היתה להילחם בניצול לרעה של מכשיר התובענה הייצוגית על ידי הגשת תביעות על ידי בעלי מניות בכל מקרה שחל שינוי במחיר של נייר הערך, בלי להתחשב בשאלה אם יש אשם מצד המנפיק, מתוך כוונה שהנתבעים יגיעו לפשרה עם התובעים לאור ההוצאות הכבדות הכרוכות בתובענה הייצוגית.²⁶² לצורך מטרה זו הוספו בחוק האמור גם דרישות פרוצדורליות, הנוגעות לחובת התובע לפרט בכתב התביעה את הטענות המצדיקות את התביעה. כאשר התביעה מבוססת על פרט מטעה, על התובע לפרט את הפרט שנטען לגביו שהוא מטעה, הסיבות לכך שיש לראותו כמטעה, ואם הטענה לגבי המצג או היעדרו מבוססת על אינפורמציה ואמונה, יש לפרט את כל העובדות שעליהן מבוססת אמונה זו.²⁶³ מחקרים שבוצעו בארצות הברית מצביעים על כך שעל אף הוראות החוק, נמשך הגידול במספר התביעות הייצוגיות בארצות הברית.²⁶⁴

שהיתה למנוע מניפולציות על ידי עורכי הדין והתובעים "המקצועיים" הממנים אותם – *Smith v. Suprema Specialties, Inc.*, *supra* note 208, at p. 640-641. חילוקי דעות אלה חסרי נפקות מעשית, באשר גם הסוברים כי המגבלה הקבועה בחוק חלה גם על משקיעים מוסדיים, מסכימים כי לבית המשפט מוקנית סמכות למנות משקיע מוסדי כתובע ייצוגי, על אף ששימש כתובע ייצוגי חמש פעמים בשלוש השנים האחרונות. בית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו כאשר אין מועמדים מתאימים אחרים להגשת התובענה הייצוגית. ראו *Aronson v. McKesson HBOC, Inc.*, 79 F. Supp. 2d 1146, 1156 (1999). בתובענה ייצוגית שהוגשה בעניין ארון סירב בית המשפט למנות כתובע ייצוגי משקיע מוסדי שהיה מעורב בתשע תובענות ייצוגיות עקב המורכבות הגדולה של המקרה וקיומם של משקיעים מוסדיים כשירים אחרים שביקשו לשמש תובעים מובילים – *Newby v. Enron Corp.*, 206 F.R.D. 427, 456-457 (2002).

261 *Securities Act of 1933 §27(a)(4); Securities Exchange Act of 1934 §21D(a)(4)*. הסעיפים מאפשרים לתובע הייצוגי לקבל רק הוצאות סבירות (כולל אובדן שכר) שנובעות במישרין מהייצוג של הקבוצה.

262 *Novak v. Kasaks*, 216 F. 3d 300, 306 (2000). לביקורת על המדיניות של החוק לצמצם את הגשת התובענות הייצוגיות ראו: Note "Investor Empowerment Strategies in the Congressional Reform of Securities Class Actions" 109 *Harv.L.Rev.* (1996) 2056.

263 *The Private Securities Litigation Reform Act, 1995 §78u-4(b)(1)*.

264 המחקרים מצביעים על כך שב-2001 הוגשו 327 תביעות פדרליות שמייצגות גידול של 60% לעומת התביעות שהוגשו ב-2000. ב-2002 הוגשו 266 תביעות ייצוגיות פדרליות. עד יולי 2003 הוגשו 128 תביעות ייצוגיות פדרליות. ראו לעניין זה *Lechner*, *supra* note 35, at pp. 925-926. במחקר חדש שעשה Choi, הוא מראה כי החוק החדש הצליח להגשים את מטרתו להפחתת תביעות סרק, אולם בו זמנית הפחית גם תביעות שיש להן בסיס, אך יש בהן רק "ראיות רכות" לגבי תרמית: Stephen J. Choi "Do the Merits Matter After the Private Securities Litigation Reform Act?" (unpublished manuscript, <http://papers.ssrn.com/abstract=558285>).

האם פנייה ישירה לבית המשפט בלי לפנות תחילה אל הנתבעים שוללת את תום הלב? טענה כזו הועלתה בעניין סבן נ' להב ואח'²⁶⁵ ונדחתה על ידי השופט גינת בקובעו כי:

מיצוי כל ההליכים העומדים לרשות התובע בטרם הגשת התביעה אינו שולל, כשלעצמו, את תום לבו של התובע. בנסיבות המקרה שלפני, אין ללמוד מכך, שהמבקש לא פנה אל המשיבה 5 בדרישה לפיצוי בטרם הגשת התביעה, על קיומו של מניע פסול להגשתה. לא ידוע לי על כך שבמשך קרוב לשנתיים וחצי, שעברו מיום הגשת כתב התביעה המקורי ועד ליום הגשת הבקשה המתוקנת לאישור התביעה כתביעה ייצוגית, היה ניסיון מצד המשיבה 5 להגיע עמו לפשרה. לפיכך, מסקנתי היא, שהתביעה הוגשה בתום לב ודין טענתה של המשיבה 5 בעניין זה להידחות.²⁶⁶

גישה שונה מוצאת ביטוי בפסק דינו של השופט שטרומן בעניין אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח'.²⁶⁷ השופט שטרומן סבור כי "התנהגות של תובע רגיל וסביר היא שליחת התראה למדינה ולחברת בזק על עמדותיו...". השופט שטרומן שלל במקרה זה את תום הלב של התובעת שהגישה את התביעה שמונה ימים אחרי תיקון תקנות הבזק שקבעו את הפחתת התעריפים, שבגינה הוגשה התובענה הייצוגית, כאשר עתירת בזק נגד המדינה לביטול הורדת התעריפים הייתה תלויה ועומדת לפני בג"צ. משמע, אין מדובר פה רק באי משלוח התראה, אלא גם בהגשת תביעה חפוזה, כאשר התובעת לא מצאה לנכון להמתין להחלטת בג"צ, שקבלת העתירה על ידו היה בה כדי לבטל את הבסיס להגשת התובענה הייצוגית. עם זאת, אין להתעלם מדברי השופט שטרומן בכל הנוגע למשלוח התראה, שהוא רואה בה התנהגות ראויה וסבירה, שסטייה ממנה עשויה לשלול את תום הלב של התובע. נראה לי, כי אין לקבוע מסמרות בעניין זה של משלוח התראה לנתבע לפני הגשת התביעה, אלא יש לשקול נקודה זו כחלק ממכלול העובדות העשויות ללמד על תום לבו של התובע.

דרישת תום הלב בסעיף 210(ב) מתייחסת לשלב שלפני הגשת התובענה לאור לשון הסעיף, שלפיה לא יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אם מצא כי "התובענה הוגשה בחוסר תום לב". מכאן מתבקשת השאלה מה דינה של תובענה ייצוגית שהוגשה בתום לב, אולם בהמשך דבק בתובע חוסר תום לב. נראה, כי תום הלב צריך להתקיים לכל אורך הדרך עד לשלב האישור של התובענה הייצוגית על ידי בית המשפט, ואין לצמצם את הדרישה לתום לב רק לשלב שלפני הגשת התובענה. דרישה כזו תואמת את

265 ת"א (נצ') 496/95, המ' (נצ') 6361/97, 1015/98, 1035/98, תק-מח (3)99 914.

266 שם, בפסקה 40.

267 ת"א (ת"א) 1252/92, דינים מחוזי לב(1) 359.

התכלית החקיקתית של ההוראה הדורשת את קיומו של תום הלב²⁶⁸ והיא מעוגנת בעיקרון הכללי של תום הלב הקיים במשפטנו והיותו בעל תחולה כללית על כל חיוב ופעולה משפטית מכוח סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

ד. נטל ההוכחה בהוכחת התנאים המוקדמים

התובע, המבקש את אישור בית המשפט להגשת התובענה הייצוגית, הוא שצריך להוכיח את קיומם של ארבעת התנאים המוקדמים הראשונים. בכל הנוגע לתנאי החמישי, הנוגע לתום לבו של התובע, הניסוח הנגטיבי של תנאי זה מלמד כי הנטל בהקשר זה נופל על מי שטוען להיעדר תום לב. לגישה זו יש הצדקה, שכן אין סיבה להטיל דופי בתום לבו של התובע בהגשת התביעה, בהיעדר תשתית ראייתית לכך. גם לפני חקיקת החוק, כאשר לא נעשתה בחוק הפרדה בין דרישת תום הלב לדרישות האחרות, קבע בית המשפט כי על הנתבעים הטוענים לחוסר תום לב להעמיד תשתית ראייתית כלשהי, ולו לכאורית, לטענת חוסר תום הלב.²⁶⁹ ההבדל בין המצב המשפטי לפי חוק ניירות ערך לבין המצב המשפטי על פי חוק החברות בהקשר זה הוא שעל פי חוק ניירות ערך, די היה לנתבע להציב תשתית ראייתית לכאורה בדבר היעדר תום לב של התובע, ואז עבר הנטל לתובע להוכיח את תום לבו, בעוד שעל פי חוק החברות, נטל ההוכחה בדבר היעדר תום הלב של התובע מוטל על הנתבע. השוני בתוצאה יתבטא באותם מקרים שבסופו של יום נשארות כפות המאזניים מעויינות בכל הנוגע להוכחת תום הלב, ובית המשפט אינו יכול להכריע בשאלת קיומו של תום הלב. במקרה כזה תתקבל ההכרעה כנגד מי שעליו מוטל היה נטל ההוכחה.

בכל הנוגע למידת הנטל, חוק החברות מציב נטל הוכחה קל להוכחת התנאים המוקדמים לאישור התביעה, בקובעו כי בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, "אם מצא כי, לכאורה, נתקיימו כל התנאים הקבועים בחוק"²⁷⁰ (ההדגשה הוספה). חוק ניירות ערך נקט לשון מחמירה יותר, בקובעו כי בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית "אלא אם שוכנע שנתקיימו התנאים הקבועים בחוק".²⁷¹

השימוש בביטוי "לכאורה" בחוק נועד להרחיב את האפשרות להגשת תובענה ייצוגית. למרות שבפסיקה, שניתנה בתביעות שהוגשו על פי חוק ניירות ערך, ניתן

268 השוו הכרה של השופט גרסטל בדרישה לקיומו של תום לב לכל אורך ההליכים בתובענה ייצוגית מכוח חוק הגנת הצרכן בעניין דנוש ואח' נ' Chrysler Corporation ואח', לעיל הערה 114, בפסקה 32.

269 ת"א (ת"א) 417/94, המ' 3092/94 דיצר ואח' נ' טיבון ויל אחזקות בע"מ ואח', דינים מחוזי לג(1) 201.

270 סעיף 210(א) לחוק החברות.

271 סעיף 54 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

למצוא התייחסות להוכחה לכאורה כמקלה יתר על המידה עם התובעים,²⁷² הרי שגם אז הסתפק בית המשפט בכך שהמבקש ישכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה כי מתמלאים לכאורה התנאים הקבועים בחוק.²⁷³ בית המשפט קבע כי נטל זה כבד מזה המוטל על תובע בתביעה רגילה המבקש למנוע את סילוקה על הסף.²⁷⁴ בנידון זה קבע בית המשפט העליון כי:

אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לעניין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בכירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד לא יפטור אותו מחובת שכנוע, ומצד אחר לא יטיל עליו נטל כבד מדי.²⁷⁵

בשל הצורך להוכיח במידת הסבירות הראויה את התנאים המוקדמים להגשת התביעה, קבע בית המשפט העליון כי אין די בקיומו של פער בין תיאורה של החברה בתשקיף לבין מצבה הכלכלי כעבור זמן כדי להצדיק אישורה של תובענה ייצוגית בעילה של פרט מטעה בתשקיף. הידרדרות במצבה הכספי של החברה יכולה להיגרם מסיבות שונות. אין אפוא להסיק מעצם העובדה שהחברה הוכרזה כחדלת פירעון חמישה עשר חודשים לאחר פרסום התשקיף, שתיאר את החברה כרווחית, כי התשקיף כלל פרט מטעה בהקשר זה.²⁷⁶ עם זאת, קובע בית המשפט כי:

במצב דברים שבו התובעים מצביעים על פער משמעותי בין תמונת מצבה של החברה כפי שנצטיירה בתשקיף לבין מצבה במציאות בחלוף פרק זמן קצר יחסית ממועד הפרסום, עובר הנטל אל הנתבעים לתת הסבר מניח את הדעת להיווצרות הפער האמור ולהצביע על האירועים

272 ראו דברי השופט שטרסברג-כהן בעניין מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, לעיל הערה 25, בע' 330.

273 שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 291; רע"א 4474/97 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 587; מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, לעיל הערה 25, בע' 329 – 330.

274 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, לעיל הערה 25, בע' 330; טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 587.

275 מגן וקשת בע"מ ואח' נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ, לעיל הערה 25, בע' 329 – 330; הדברים צוטטו בהסכמה גם בעניין שמש נ' רייכרט ואח', לעיל הערה 17, בע' 291 ובעניין חמישה יוד תכשיטנים תעשיית מתכות יקרות בע"מ ואח' נ' גלובל ק.א. ניהול השקעות וייעוץ פיננסי בע"מ ואח', לעיל הערה 165.

276 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח', לעיל הערה 18, בע' 588 – 592.

שהובילו את החברה ממצבה הכלכלי בעת פרסום התשקיף על עברי פי פחת. דומה כי גישה זו תבטיח, שמחד גיסא לא ייסתם הגולל על התובענה הייצוגית רק משום שאין ביכולתו של התובע להצביע אלא על הפער האמור, ומאידך-גיסא לא תאושר התובענה רק על בסיס אותו פער, כשיש בידי הנתבעים להסבירו. כך – לדעתי – יושג האיזון הראוי בין הרצון שלא להטיל על התובע הייצוגי נטל כבד מדי שלא יוכל לעמוד בו כדי להיכנס להיכלה של התובענה הייצוגית, ובין הצורך למנוע גל של תביעות סרק שיעמיד את הנתבעים בפני לחץ בלתי הוגן.²⁷⁷

כאמור, הבחירה במונח "לכאורה" מבטאת את כוונת החוק שלא לדרוש נטל הוכחה כבד לצורך אישור התנאים המוקדמים לניהולה של תובענה ייצוגית.²⁷⁸

ה. היבטים דיוניים

1. חובת הגשת תצהיר

בקשה לאישור תובענה ייצוגית צריכה להיות מבוססת על תצהיר. החובה להגיש תצהיר נקבעה בתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ב-1991, שעל פיהן בקשה לרשות להגשת תובענה ייצוגית צריכה להיות מוגשת בדרך של המרצה.²⁷⁹ מכוח תקנות סדר הדין האזרחי, יש לתמוך בקשה כזו בתצהיר.²⁸⁰ התצהיר חייב לכלול את כל הטענות העובדתיות הרלוונטיות, שיש בהן כדי לבסס את קיום התנאים הדרושים לאישור התובענה כייצוגית. על חשיבותו של התצהיר עומד השופט רביד בעניין זמרוני ואח' נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ:²⁸¹

לתצהיר יש חשיבות רבה ומטרתו לאפשר לבית המשפט לסנן תביעות שאינן ראויות להגשה כתובענות ייצוגיות. הפסיקה הציבה רף גבוה יותר של דרישות ממי שמבקש לייצג קבוצה של אנשים בתובענה ייצוגית.

277 שם, בע' 591. השופטת שטרסברג-כהן מציינת כי אין היא נדרשת לקבוע מסמרות בשאלת העברת נטל ההוכחה לכאורה אל שכמם של הנתבעים, משום שדי בחומר הראיות שהציגו הנתבעים כדי להוכיח, לכאורה, כי התשקיף שיקף את מצבן האמיתי של החברות בעת פרסומו – שם, שם.
278 ראו גם גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 69, בע' 469 – 470.
279 תקנה 2 לתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ב-1991.
280 תקנה 241(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.
281 לעיל הערה 84.

הדרישה לרף גבוה יותר ככרטיס כניסה לבית המשפט, מייצגת את האיזון הדרוש בין הפוטנציאל החיובי הטמון בהגשת תובענה ייצוגית, שמאפשר לתובע יחיד להתגבר על בעיית תת האכיפה, שכן מדובר בנזק שהוא קטן יחסית לכל יחיד ויחיד מהקבוצה ואינו מצדיק הגשת תביעה נפרדת על ידי כל אחד מיחיד הקבוצה לבין הסכנות הטמונות בתביעות סרק או תביעות המוגשות ממניעים פסולים.²⁸²

בהיעדר פירוט ראוי בתצהיר, דין הבקשה לאישור התובענה הייצוגית להידחות, וכך אכן נהג השופט רביד בבקשה האמורה.²⁸³

2. פרסום ההחלטה

מנגנון נוסף שקובע החוק להגנתם של בעלי המניות המיוצגים על ידי התובע הייצוגי הוא פרסום ההחלטה המאשרת את ניהול התובענה כיייצוגית.²⁸⁴ אופן הפרסום נקבע על ידי בית המשפט לאחר שזה אישר את ניהול התובענה הייצוגית והגדיר את הקבוצה שבשמה תוגש התובענה.²⁸⁵

הפרסום נועד ליידע את כלל חברי הקבוצה בדבר הגשתה, כדי לאפשר להם להודיע לבית המשפט על רצונם שלא להיכלל בקבוצה.²⁸⁶

282 שם, בפסקה 48 לפסק הדין.

283 שם, בפסקה 52 לפסק הדין.

284 תקנה 8 לתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ב-1991, קובעת את תוכנה של ההודעה כדלקמן: "בהודעה על ההחלטה שתפורסם כאמור בתקנה 7 ייכללו לפחות פרטים אלה: (1) שמו ומענו של התובע; (2) הפרטים הנוכחים בתקנה 7(1) ו-2; (3) שמו ומענו של עורך הדין שינהל את התובענה; (4) ציון העובדה שפסק הדין בתובענה הייצוגית יהווה מעשה בית דין לגבי כל הנמנים עם הקבוצה שהגדיר בית המשפט; (5) הודעה שיראו מי שנמנה עם הקבוצה כמי שהסכים להגשת התובענה כתובענה ייצוגית, זולת אם הודיע לבית המשפט, במכתב רשום, על רצונו שלא להיכלל בקבוצה, תוך ארבעים וחמישה ימים, מיום פרסומה של החלטת בית המשפט או תוך תקופה ארוכה ממנה, שמתעם מיוחד אישר בית המשפט לאדם פלוני לפי בקשתו". כאמור, התקנות שהותקנו מכוח חוק ניירות ערך ממשיכות לחול על חברות ציבוריות כל עוד לא הוחלפו על ידי תקנות חדשות שיותקנו מכוח חוק החברות, וזאת, בכפוף להסדרים אחרים שנקבעו בחוק החברות. כך, למשל, דרישת ההודעה של המסרב להיות נמנה עם הקבוצה צריכה להיעשות מכוח חוק החברות תוך שישים יום, ובכך מתבטל פרק הזמן של ארבעים וחמישה יום הקבוע בתקנות.

285 סעיף 211(א) לחוק החברות. גם תקנה 7(5) בתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית) השאירה את ההכרעה בעניין אופן פרסום ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט.

286 השיטה שבחר החוק הישראלי לצירוף תובעים בתובענה הייצוגית על פי חוק החברות היא של opt-out, שלפיה אי נקיטה של צעד אקטיבי של הסתלקות מהתביעה על ידי בעל מניות הנמנה על חברי הקבוצה שבשמה מוגשת התובענה מותיר את בעל המניות בתוך הקבוצה המיוצגת. דרך זו תואמת את מטרת התובענה הייצוגית על פי חוק החברות לתת הגנה לבעלי המניות גם כאשר הנזק

המחוקק הישראלי בחר שלא לקבוע כלל נוקשה בעניין זה של דרך ההודעה לנוגעים בדבר, והוא השאיר לבית המשפט שיקול דעת להחליט על כך בהתאם לנסיבות.²⁸⁷ על בית המשפט ליתן דעתו לשאלה אם די בפרסום בעיתונים הנפוצים כדי לידע את חברי הקבוצה או שמא יש לדרוש הודעות אישיות.²⁸⁸ כאשר העלות של משלוח הודעות אישיות גבוהה בשיעור ניכר מהעלות של פרסום בכלי התקשורת²⁸⁹ וכאשר הדעת נותנת שפרסום בכלי התקשורת ימלא את התפקיד של מתן ההודעה הדרושה, הרי שעל בית המשפט להורות על פרסום בכלי התקשורת, כדי לחסוך בעלויות מיותרות.²⁹⁰

- שנגרם לכל אחד מהם עשוי להיות קטן. בסיטואציות כאלה לא מתאימה השיטה של opt-in, שלפיה מי שמבקש להיות חלק מהקבוצה צריך לנקוט צעד אקטיבי של הצטרפות. הפסיביות של אלה שנגרם להם נזק קטן היתה גורמת לכך שאילו נקט החוק את השיטה האחרונה היה חלק גדול מבעלי המניות, שראויים להימנות עם חברי הקבוצה המיוצגת בתובענה הייצוגית, נשאר מחוץ למעגל המיוצגים, ובכך היתה מוחטאת מטרת התובענה הייצוגית, כפי שהיא מבוארת לעיל.
- 287 ראו, לעומת זאת, בארה"ב: Federal Rules of Civil Procedure rule 23(c)(2), הקובע כי על בית המשפט למסור לחברי הקבוצה את ההודעה הטובה ביותר שניתן למסור בנסיבות, ובכלל זה הודעה אישית לכל חברי הקבוצה, שניתן לזהותם במאמץ סביר. וראו קביעת בית המשפט העליון של ארה"ב בדבר החובה להודיע אישית לכל חבר בקבוצה, שניתן לזהותו ולגלות את כתובתו, בעניין *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974) החלטה זו עוררה ביקורת. ראו לעניין זה *Fiss, supra note 14, at p. 29-31*. בדרך זו הולך גם תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005. התזכיר משאיר את שיקול הדעת של בית המשפט בקובעו כי "פרסום הודעה לפי חוק זה ייעשה בדרך ובצורה שיקבע בית המשפט" – סעיף 13(א) לתזכיר. אולם בהמשך אותו סעיף נקבע כי "מקום שניתן למסור הודעה אישית לחברי הקבוצה באופן ובעלות סבירים, יורה בית המשפט על פרסום בדרך זו". סעיף 13(ד) לתזכיר קובע רשימה של שיקולים שעל בית המשפט לקחתם בחשבון בקביעת אופן הפרסום: "בית המשפט יחליט על אופן פרסום ההודעה בשים לב, בין היתר, לשיקולים הבאים: (1) ההוצאות הכרוכות באופן הפרסום ויעילותו; (2) היקף הפיצוי הכספי או הסעד הצפוי לכל אחד מחברי הקבוצה; (3) המספר המשוער של חברי הקבוצה; (4) גובה הנזק שעלול להיגרם לכל אחד מחברי הקבוצה אם תידחה התובענה הייצוגית". כמנ כן מסמך התזכיר את בית המשפט "להטיל את האחריות לפרסום ואת הוצאות הפרסום על בעלי הדין כולם או מקצתם, כפי שייראה לו יעיל והוגן בנסיבות העניין" – סעיף 13(ה) לתזכיר.
- 288 ראו, לעומת זאת, את ההסדר בסעיף 12(א) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, שמצמצם יותר את שיקול הדעת של בית המשפט, וקובע את הכלל של חובת הודעה לחברי הקבוצה על הגשת התובענה בהמצאה אישית, ורק כאשר זו אינה מעשית יש להסתפק "במודעה פומבית כפי שייראה לבית המשפט".
- 289 ראו, למשל, ההשוואה של העלויות בין שתי האפשרויות במקרה שנדון בפסק הדין המנחה של *Eisen v. Carlisle & Jacquelin, supra note 287*, כאשר משלוח הודעות אישיות הוערך ב-225,000 דולר, לעומת פרסום קולקטיבי שהוערך ב-20,000 דולר – שם, בע' 167.
- 290 בדרך זו נהגו בתי המשפט בישראל בתובענות הייצוגיות שאושרו על ידם. ראו לעניין זה לוטן ורוז, לעיל הערה 117, בע' 276 – 278.

בית המשפט רשאי לעשות גם שילוב בין שתי הדרכים, על ידי קביעת חובת הודעה לבעלי המניות הגדולים יותר, והסתפקות במודעות בעיתונות לצורך יידוע האחרים. חובת ההודעה על ידי החברים בקבוצה בדבר הסירוב להיכלל בקבוצה היא תוך שישים ימים מיום פרסומה של החלטת בית המשפט.²⁹¹ לבית המשפט מוקנית סמכות, "לפי בקשה של אדם פלוני, להאריך לגביו את התקופה האמורה, אם ראה טעם מיוחד לכך".²⁹² אי הודעה כאמור יגרום לכך ש"יראו את מי שנמנה עם הקבוצה כפי שהוגדרה בידי בית המשפט כמי שהסכים להיכלל בקבוצה",²⁹³ כאשר התוצאה המתבקשת מכך היא שפסק הדין בתובענה יהווה מעשה בית דין לגביו.

האפשרות הניתנת לכל בעל מניות הנמנה עם הקבוצה המוגדרת להסתלק מהתביעה, באמצעות הודעה כאמור, נועדה לאזן בין האינטרסים המתנגשים, כאשר מצד אחד עומד הצורך בריכוז התביעות באמצעות תובענה ייצוגית, מהטעמים המבוארים לעיל, ומהצד האחר עומדת זכותו של אדם שלא להיות מחויב בתוצאותיו של הליך שאין הוא שותף לו ושאינו מעוניין להצטרף אליו.

3. גילוי מסמכים במסגרת הליך הבקשה לאישור תובענה ייצוגית

למבקש לאשר תובענה ייצוגית מוקנית הזכות להגיש בקשה מקדמית למתן צו לגילוי מסמכים ולעיון במסמכים של הנתבעים. בית המשפט העליון דחה את הטענה שאין לאפשר קיומם של הליכים מקדמיים במסגרת הליך מקדמי אחר,²⁹⁴ בקובעו כי יש

291 סעיף 211(ב) לחוק החברות. תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 מפחית את מספר הימים ל-45. הניסיון האמריקני מלמד כי מספר המבקשים להוציא עצמם מתובענות ייצוגיות הוא קטן. ראו Edward F. Sherman "Group Litigation under Foreign Legal Systems: Variations and Alternatives to American Class Actions" 52 *Rev. De Paul L.Rev.* 401, 410 (2002). תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 מסמיך את בית המשפט בנסיבות מיוחדות להורות כי הקבוצה תכלול רק מי שהודיע בכתב על רצונו להצטרף אליה – סעיף 15(א) לתזכיר. הסעיף קובע עוד כי "בית המשפט יורה כאמור בהתחשב, בין היתר, בקיומה של אפשרות סבירה שיוגשו תביעות אישיות בעילות התובענה, כולן או חלקן, על ידי חלק ניכר מחברי הקבוצה; בקיומה של אפשרות סבירה לזהות, לאתר וליידע את חברי הקבוצה בעלות סבירה, ובהיות נושא הבקשה נוקי גוף או תביעה לסכום כסף ששוויו ניכר לכל אחד מחברי הקבוצה". הוראה זו נובעת מתחולתו הכללית של החוק המוצע על כלל המקרים של תובענות ייצוגיות. נראה כי השימוש שייעשה בו לעניין תובענות בתחום דיני החברות הוא אפסי.

292 ש.ם.

293 ש.ם.

294 זו היתה עמדתו של בית המשפט המחוזי בעניין דלק מוטורס, שנדחתה על ידי בית המשפט העליון ברע"א 10052/02 יפעת ואח' נ' דלק מוטורס ואח', פ"ד נז(4) 513.

להידרש לאינטרסים המתנגשים בעת שעומדת בהליך של בקשה לאישור תובענה ייצוגית בקשה לגילוי ולעיון במסמכים. השופט ריבלין קובע:

מצבו של המבקש להכיר בו ככתובע ייצוגי אינו פשוט. בינו לבין הנתבע קיים פער מידע הפועל לרעתו. הנתבע מחזיק בידו תכופות את מירב המידע הדרוש לתובע על מנת להוכיח את התקיימות תנאי הסף לאישור תובענתו כייצוגית. לו המידע בדבר התקיימותה של קבוצת תובעים פוטנציאלית ובדבר גודלה, כמו גם המידע הנדרש לקביעה אם השאלות המהותיות והעובדתיות משותפות לקבוצה וניתנות להכרעה בתובענה אחת. מבלי שיהא מידע זה זמין לתובע, ייקשה עליו להביא לאישור תובענתו כתובענה ייצוגית. משום כך אין לומר כי בעצם בקשתו לגילוי מסמכים, מגלה המבקש כי תנאי הסף לשם ההכרה בתביעה כייצוגית אינם מתקיימים.²⁹⁵

עם זאת, קובע בית המשפט כי נדרשת זהירות יתירה במתן זכות גילוי ועיון לטובת התובע כבר בשלב הדיוני הזה של אישור התובענה כייצוגית, לנוכח הסכנה מפני שימוש לרעה בתובענה הייצוגית.²⁹⁶ לאור חשיבותה של זכות הגילוי והעיון כמכשיר להגדרת המחלוקת ולגילוי האמת, קיבל בית המשפט את הבקשה לגילוי מסמכים ולעיון בשלב זה של הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. בית המשפט התנה זכות זו במספר תנאים:

1. הזכות לעיון במסמכי הצד שכנגד ראוי שתתייחס אך ורק למסמכים שהם רלוונטיים לשלב זה של ההליך, דהיינו רק למסמכים שיש בכוחם להשליך אור על שאלת התקיימות תנאי הסף לאישורה של התובענה כייצוגית.
2. כדי למנוע בקשות סרק, שכל מטרתן פגיעה בנתבע, על בית המשפט לוודא, עובר למתן צו הגילוי, כי המבקש העמיד תשתית ראייתית ראשונית המלמדת על קיומה של עילה אישית כנגד הנתבע, ועל סיכוי להתקיימותם של תנאי הסף לאישורה של התובענה כייצוגית.
3. על צו לגילוי ועיון בשלב זה יוחלו המגבלות המוטלות על צו גילוי ועיון שניתן בשלבים אחרים של הדיון. במסגרת זו, יש לשים לב במיוחד להבטחתה, במידת הצורך, של שמירת סודיות מסמכי

295 שם, בפסקה 8 לפסק הדין.

296 שם, שם.

הנתבע שיימסרו למבקש. זאת על מנת שהתובענה הייצוגית לא תשמש כלי לחשיפת סודות מסחריים.²⁹⁷

4. תשלום אגרת בית משפט

השאלה בדבר גובה אגרת בית המשפט שעל התובע המגיש תובענה ייצוגית לשלם לא הוסדרה בחוק.²⁹⁸ המחוקק השאיר את השאלה להסדר באמצעות תקנות.²⁹⁹ בשלב זה טרם הותקנו תקנות. על כן, יש להחיל את קביעת בית המשפט העליון בשאלת גובה האגרה בתובענה ייצוגית המתנהלת לפי חוק ניירות ערך בעניין דיסקונט ישראל שוקי הון והשקעות נ' שמש ואח'.³⁰⁰ השופטת שטרסברג-כהן קובעת כי על התובע לשלם אגרה בהתאם לגובה תביעתו האישית. לדבריה:

תשלום אגרה אינו ממין הנושאים שעל פיהם צריך להיחתך גורלה של התובענה הייצוגית. אין זה ראוי משום בחינה לחייב תובע ייצוגי שתביעתו האישית קטנה, לשלם אגרה בעד תביעת הקבוצה כולה, בסכומים גבוהים ביותר. חיוב כזה עלול להחניק תובענה ייצוגית בעודנה באיבה ולסכל את המטרה לשמה קיים מוסד זה. אם התובענה חסרת סיכוי, לא ייתן בית המשפט רשות להגישה. אם ניתנה הרשות, אין להפילה על בסיס אי תשלום אגרה מלאה בתחילת הדרך.³⁰¹

אשר לתביעת הקבוצה, מאמצת השופטת את ההסדר שהציעה באת-כוח היועץ המשפטי, שלפיו האגרה בגין תביעת יחידית הקבוצה שיזכו בדין תשלום לאחר שייפסק הסעד לטובת הקבוצה ומימוש פסק הדין יותנה בתשלום האגרה לפי הסכום שנפסק. השופטת אינה מכריעה בסוגיה זו מאחר שהנושא עומד להיות מוסדר בחקיקה וייתכן שחקיקה זו תחול על תובענות תלויות ועומדות. על כן, לא נקבע בפסק הדין האופן בו תיקבע האגרה על תביעת הקבוצה או יחידית. השופטת משאירה את הטיפול בנושא לשלב של מתן פסק הדין בתובענה הייצוגית, לפי המצב שישורר אז בין דבר חקיקה חדש ובין בהיעדרה.³⁰²

297 שם בפסקה 9 לפסק הדין.

298 ראו, לעומת זאת, ההסדר בחוק הגנת הצרכן, ולפיו "תובענה ייצוגית תהיה פטורה מאגרת בית המשפט" – סעיף 135 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

299 סעיף 218(א) לחוק החברות.

300 רע"א 7633/98, תק-על 99(3) 886.

301 שם, בפסקה 6.

302 שם, בפסקה 8.

פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן תואם את ההלכה שנפסקה קודם לכן בכל הנוגע לאגרה בתובענה ייצוגית על פי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי בעניין מדינת ישראל נ' קרן הופר, עמותה.³⁰³ הנשיא שמגר תומך את ההלכה, כי על התובע לשלם אגרה לפי שווי הסעד המבוקש לעצמו, ברצון לתמוך בהגשת תובענות ייצוגיות. לדבריו:

כדי שהתובע לא יחשוש מפנייה לבית המשפט בתביעה קבוצתית, מן הראוי שלא תושט על תובענתו אגרה, המתייחסת לשווי הכספי הכולל של הסעד המתבקש בה (כאמור – מקום שניתן לבטא בכסף את שווי של הסעד המבוקש); יש ממילא קשיים אובייקטיביים מובנים באיתור המעוניינים בתביעה הקבוצתית וביצירת קשר עם, כדי שיוכלו אולי לסייע לתובע במימון תשלום האגרה. באופן זה יוקל על השימוש הנאות בתקנה 29 לתקנות סדר הדין.³⁰⁴

ההלכה שנפסקה בעניין קרן הופר היא אפוא שהתובע משלם אגרה רק בגין סכום התביעה האישית שלו. אם בית המשפט יקבל את התביעה ויפסוק סכום כספי לטובת חברי הקבוצה, יחויבו אלה בפסק הדין שיינתן בהתאם לסעד הכספי שיינתן להם.³⁰⁵ בהיעדרן של תקנות בעניין האגרה, נראה כי זהו ההסדר שעל פיו יש לנהוג, באשר על אף היעדר ההכרעה בעניין דיסקונט, סברה השופטת שטרסברג-כהן כי יש לאמץ את גישת היועץ המשפטי וזו תאמה את ההלכה שנפסקה בעניין קרן הופר.

5. חיוב בהוצאות במקרה של כשלון התובענה הייצוגית

חוק החברות אינו מסדיר את השאלה מי יישא בהוצאות הנתבעים במקרה של כשלון התובענה הייצוגית. בהיעדר הסדר חקיקתי, שאלת ההוצאות מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט. נראה, כי אין מקום להשית הוצאות אלה על חברי הקבוצה שלא נטלו חלק בהגשת התובענה, אלא על מגיש התובענה לשאת בכך. אין מקום לשלול מהנתבעים את זכותם לקבל את החזר ההוצאות שהוציאו כאשר לא היה בסיס להגשת התביעה. החשש לחוב בהוצאות הנתבעים לא ירתיע תובעים מהגשת תביעות ייצוגיות שהם מאמינים בצדקתן, ומהצד האחר, הוא עשוי להרתיע תובעים מהגשת תובענות לא ראויות.³⁰⁶

303 בש"א 195/88, 198, פ"ד מב(3) 32.

304 שם, בע' 40.

305 שם, בע' 41.

306 ראו גם גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 69, בע' 474 – 475. המחברים מציעים לאפשר לנתבע שהתביעה נגדו נכשלה להגיש כנגד התובע תביעה בנוזיקין בגין הפרת חובה חקוקה, כאשר החובה המופרת היא החובה להגיש את התובענה בתום לב – שם, בע' 475 – 476. בכל הנוגע להצעה זו יש מקום לשלוש הערות: א. הצעה זו רלוונטית רק כאשר התביעה נדחתה עקב אי הגשתה בתום לב;

הסדר שונה מוצע בסעיף 20(א) לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ולפיו אם דחה בית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית או דחה תובענה ייצוגית לאחר אישורה, יישא כל צד בהוצאותיו. מטרתו של כלל זה היא לעודד הגשת התביעות, על ידי שלילת חובתו של התובע לשאת בהוצאותיו של הנתבע גם כאשר התביעה נדחתה בסופו של דבר, ובלבד שהוגשה בתום לב והיה בסיס סביר להגשתה. כלל זה לא יחול כאשר מצא בית המשפט אחד מאלה:

- (1) על פני הדברים לא היה מקום להגיש את התובענה או לא היה מקום לבקש לנהלה כתובענה ייצוגית, באופן המצדיק הטלת הוצאות הנתבע על התובע;
- (2) צד להליך או בא כוחו ניהלו את התובענה בחוסר תום לב או האריכו את ההליך שלא לצורך;
- (3) קיימות נסיבות מיוחדות אחרות המצדיקות הטלת הוצאות צד אחד על הצד השני.

סעיף 20(ב) לתזכיר קובע כי כאשר הוטלה על התובע החובה לשאת בהוצאות הנתבע במקרה הראשון או השני המנויים לעיל, רשאי בית המשפט להורות כי ההוצאות ישולמו כולן או מקצתן בידי בא כוחו של התובע.

6. חיוב בערובה

בהבדל מהסמכות שהקנה חוק החברות, לפני תיקונו במרץ 2005, לבית המשפט לחייב תובע בתביעה נגזרת להפקיד ערובה לכיסוי הוצאות הנתבע,³⁰⁷ לא נקבעה סמכות מקבילה לגבי תובענה ייצוגית.³⁰⁸ יש בכך כדי להצביע על כוונתו של המחוקק שלא להטיל על תובע בתובענה ייצוגית חובה למתן ערובה,³⁰⁹ וזאת כדי למנוע הרתעה של תובעים מהגשת תובענות ייצוגיות. ראוי לציין, שגם לגבי תביעה נגזרת ביטל התיקון

ב. שאלה היא אם מתמלאים במקרה זה התנאים הדרושים לקיומה של העוולה בגין הפרת חובה חקוקה, שהקביעה בדבר תחולתם מושתתת על שיקולים של מדיניות שיפוטית; ג. לא מובן מדוע מוצע להפנות את הנתבע שהתביעה נגדו נדחתה לדרך של הגשת תביעה, שכרוכה בהוצאות נוספות, במקום שבית המשפט יטיל על התובע הייצוגי חובה להחזיר הוצאותיו של הנתבע בפסק הדין שבו נדחתה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.

307 סעיף 199(3) לחוק החברות.

308 לביקורת על כך ראו גולדשטיין ועפרון, לעיל הערה 69, בע' 476 – 477.

309 הסמכות הכללית של בית המשפט לחייב תובע במתן ערובה מעוגנת בתקנה 519 לתקנות סדר הדין האזרחי. בית המשפט אינו נוהג בדרך כלל לעשות שימוש בסמכותו זו ולחייב תובע במתן ערובה להוצאות הנתבע. ראו גולדשטיין ועפרון שם, בע' 477.

לחוק החברות את ההסמכה של בית המשפט לחייב את התובע במתן ערובה והשאיר סמכות זו רק לגבי חיוב החברה.³¹⁰ על אף שהחברה מצורפת כנתבעת בתביעה הנגזרת, באופן מהותי היא התובעת, ולגביה לא מתקיים החשש של הרתעה מהגשת תביעות, שגורם, כאמור, לאי חיוב התובע במתן ערובה.

1. פיקוח בית המשפט על הליך התובענה הייצוגית

למכשיר התובענה הייצוגית יתרונות חשובים, וכנגדם טמונים בדרך זו סיכונים שאינם מבוטלים, כמבואר לעיל. על הדין לדאוג לאיזון בין היתרונות והסיכונים הללו, ואיזון זה נעשה באמצעות מתן פיקוח רחב לבית המשפט בכל הנוגע להליך של התובענה הייצוגית.³¹¹ פיקוח זה מתבטא הן בשלב של הגשת התובענה, באמצעות התנאת ניהול התובענה הייצוגית בקבלת אישור בית המשפט, והן בשלבים מאוחרים יותר.³¹² הפיקוח מטעם בית המשפט לאחר אישור הגשת התובענה כתובענה ייצוגית מתבטא במספר דרכים:

1. הצורך באישור בית המשפט להסתלקותו של התובע מן התביעה;
2. הצורך באישור בית המשפט להסדר או לפשרה עם הנתבעים;
3. הצורך באישור בית המשפט לשכר הטרחה המשולם לעורך הדין המייצג את התובעים בתובענה הייצוגית;

310 סעיף 42(3) לחוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005, שמורה על ביטול המלים "או על התובע" בסעיף 199 לחוק החברות.

311 ראו דברי הנשיא ברק בעניין אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ ואח', לעיל הערה 14, בע' 256.

312 חוק החברות הניו-זילנדי מ-1993 מכיר באפשרות של הגשת תובענה ייצוגית בהקנתו לבית המשפט שיקול דעת רחב מאוד בכל הנוגע לתביעה כזו, הן במינוי התובע המייצג והן באופן חלוקת הפיצוי לבעלי המניות המיוצגים. סעיף 173 ל-Companies Act 1993 קובע: "Where a shareholder of a company brings proceedings against the company or a director, and other shareholders have the same or substantially the same interest in relation to the subject-matter of the proceedings, the Court may appoint that shareholder to represent all or some of the shareholders having the same or substantially the same interest, and may, for that purpose, make such order as it thinks fit including, without limiting the generality of this section, an order – (a) As to the control and conduct of the proceedings; (b) As to the costs of the proceedings; (c) Directing the distribution of any amount ordered to be paid by a defendant in the proceedings among the shareholders represented".

4. הצורך באישור בית המשפט לתשלום הוצאות לחברי הקבוצה בגין הוכחת הזכות לסעד;
 5. הוראות לגבי השימוש ביתרה שלא נדרשה, כאשר נפסק סכום כולל של פיצוי.

1. אישור להסתלקות התובע

החוק אוסר על תובע ייצוגי להסתלק מתובענה ייצוגית אלא באישור בית המשפט.³¹³ הרציונל של הוראה זו הוא הרצון למנוע מתן פיצוי נסתר לתובע על ידי הנתבעים כדי להניע אותו להסתלק מהתביעה, תוך הזנחת האינטרסים של שאר חברי הקבוצה. מטרה נוספת של ההוראה האוסרת הסתלקותו של תובע ללא אישור בית המשפט היא למנוע מצב שבו לא תוכל התביעה להימשך עקב הסתלקותו של התובע המייצג. כאשר הייצוג נעשה בידי מספר תובעים, אין בהסתלקותו של אחד מהם כדי להשפיע על המשך ניהול התביעה. תקנה 10(א) לתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ב-1991 קובעת זאת במפורש.³¹⁴ קושי עשוי להתעורר כאשר יש רק תובע מייצג אחד והוא מבקש להסתלק מהייצוג או כאשר יש מספר תובעים מייצגים וכולם מבקשים להסתלק מהייצוג. תקנה 10(ב) לתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ב-1991, קובעת כי "הסתלקו כל התובעים מייצוג הקבוצה, ימחק בית המשפט את התביעה הייצוגית". מחיקה כזו אינה יוצרת מעשה בית דין לגבי חברי הקבוצה המיוצגים, אולם היא פוגעת ביעילות, עקב כך שההוצאות שהוצאו עד עתה במימון ההליך יורדות לטמיון. אין מקום לאפשר תוצאה כזו כאשר ההליך נמצא בשלבים מתקדמים. במקרה כזה נפגעים גם חברי הקבוצה, עקב כך שיהא צורך להתחיל בהליך חדש, דבר שישהה את קבלת הפיצוי. על כן, רשאי בית המשפט לעשות שימוש בכוחו שלא לאשר במקרה כזה את הסתלקותו של התובע. אפשרות אחרת שפתוחה בפני בית המשפט היא לאשר את הסתלקותו של התובע בד בבד עם מינוי תובע ייצוגי אחר במקומו לצורך ניהול התביעה. מינוי של ממשיך לניהול התביעה מונע את החסרונות המצוינים.³¹⁵

313 סעיף 213(א) לחוק החברות. הוראה דומה היתה כלולה בסעיף 54 לחוק ניירות ערך, והיא מוצעת גם בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, בסעיף 17(א).

314 לתחולתן של תקנות אלה על תובענות ייצוגיות מכוח חוק החברות ראו לעיל בפרק ג, טקסט לאחר הערה 144. הוראה כזו כלולה גם בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, סעיף 17(ג)(1).

315 סעיף 17(ג)(2) לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות קובע בהקשר זה של בקשה של כל התובעים המייצגים להסתלק מהתובענה הייצוגית כי על בית המשפט להורות על פרסום הודעה בדבר בקשת ההסתלקות. בתוך 45 יום מיום הפרסום רשאי כל מי שהיה רשאי להגיש תובענה ייצוגית באותו עניין לבקש מבית המשפט לעשותו תובע מייצג. אם לא הוגשה בקשה כזו או שבית המשפט לא אישר בקשה כזו שהוגשה והוא אישר את ההסתלקות, הוא יורה על מחיקת התובענה הייצוגית ועל פרסום הודעה על כך.

2. אישור הסדר או פשרה

הדין תומך בדרך כלל בקיומן של פשרות, שיש בהן כדי לחסוך עלויות. אולם, בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות כרוכים בפשרה מספר סיכונים. אחד הסיכונים העיקריים בתובענה הייצוגית הוא סיום ההליך בדרך המיטיבה עם התובע, אך הגורמת נזק לכלל הקבוצה. כך, למשל, עשוי הנתבע לשלם כספים לתובע ללא ידיעת האחרים, כדי שזה יסכים לפשרה, הנוחה לתובע, או יבטל את התביעה.³¹⁶ גם ללא קנוניה כזו, עשוי התובע להגיע לפשרה בסכום נמוך במידה ניכרת מתוחלת הרווח הצפויה מהתביעה, מתוך חשש להמשיך לנהל את התביעה, שעלולה בסופו של יום להידחות, כאשר יהיה עליו לשאת בנטל ההוצאות הכרוכות בה. במקרים רבים גובה הפשרה מושפע מהאינטרסים של עורכי הדין המנהלים את התביעה.³¹⁷ לאור העובדה שלכל אחד מחברי הקבוצה אינטרס קטן בלבד בתביעה, אין פיקוח מצד חברי הקבוצה על אופן ניהול התובענה ועל הפשרה המוצעת.³¹⁸ כאמצעי מגן בפני הסיכונים האמורים, דורש החוק אישור בית המשפט לפשרה המוצעת.³¹⁹ כאשר פונה התובע ומבקש את אישור בית המשפט להסדר או לפשרה, יורה בית המשפט "על פרסום הודעה על פרטי ההסדר או הפשרה".³²⁰ מטרת הפרסום היא לאפשר לבעלי המניות המיוצגים בתביעה להביע את התנגדותם לכך. על בית המשפט לקבוע את המועד שבמסגרתו רשאים חברי הקבוצה להגיש לבית המשפט את התנגדותם לאישור ההסדר או הפשרה.³²¹ יש להניח כי המשקיעים

316 כנגד סיכון זה כלולה בהצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ג-2003, שהוגשה על ידי מספר חברי כנסת (רשף חן, רוני בריוון, אילן שלגי, אתי לבני, גדעון סער, זהבה גלאון, חיים רמון) הוראה המחייבת את התובע המבקש לאשר הסכם פשרה לצרף תצהיר שלפיו "לא קיבל כל טובת הנאה ישירה או עקיפה מהנתבע זולת האמור בהסכם המוצע ולא הגיע עם הנתבע לכל הסכם נוסף בכתב או בעל פה" – סעיף 7(ב) להצעה. הצעה זו לא נכללה בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.

317 ראו לעיל טקסט בסמוך להערות 31 – 32. הצעה זו לא נכללה בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.

318 ראו גם: Cooper Alexander, *supra* note 28, at p. 536.

319 סעיף 213(א) לחוק החברות. הוראה דומה היתה כלולה בסעיף 54 לחוק ניירות ערך, והיא מוצעת גם בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, בסעיף 18(א). הוראה דומה כלולה גם בחוק האמריקני Federal Rules of Civil Procedure, rule 23(e)(1)(A). הן הפסיקה והן המלומדים סקפטיים לגבי היעילות של שימוש בית המשפט בסמכותו לגבי אישור הפשרה. ראו Weiss and Beckerman, *supra* note 17, at pp. 2057 & 2066-2071 והאסמכתאות המובאות שם בה"ש 17.

320 סעיף 213(ב) לחוק החברות. דרישה כזו כלולה גם בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות בסעיף 18(ג). הוראה זו מחייבת גם משלוח הודעה לפנקס המנוהל על פי החוק וכן ליועץ המשפטי לממשלה, לכל גוף או בעל תפקיד שיקבע השר ולכל אדם שיורה בית המשפט.

321 סעיף 213(ב) לחוק החברות. כאשר הסכם הפשרה נערך קודם לאישור התובענה כייצוגית והסכם עצמו כולל הסכמה לאישור כזה, הרי שיש לכלול בו הסדר לפרישה של המתנגדים מכוח תקנה 8(5)

המוסדיים³²² אכן יעשו שימוש בסמכות זו, ויבדקו את כדאיותה של הפשרה, ואם ימצאו אותה כבלתי ראויה יביעו את התנגדותם. הניסיון האמריקני מלמד כי הגופים המוסדיים אכן עושים שימוש בסמכות זו וגורמים לאי אישור על ידי בית המשפט של פשרה לא ראויה. כך, למשל, התנגדה ה-Colorado Public Employee's Retirement Association לפשרה שהוגשה בתובענה ייצוגית במקרה של **In re California Micro Devices Securities Litigation**.³²³ בעקבות התנגדות זו, לא אישר בית המשפט את הפשרה ומינה את המשקיע המוסדי המתנגד כמייצג של הקבוצה, דבר שהביא לניהול מחדש של מו"מ בין הצדדים, כדי להגיע לכדי פשרה אחרת.³²⁴ כאשר הסכם הפשרה נערך קודם לאישור התובענה כייצוגית וההסכם עצמו כולל הסכמה לאישור כזה,³²⁵ יש לכלול בו הסדר לפרישה של המתנגדים. בפרקטיקה הישראלית מקובל לכלול בהסכם הפשרה תנאי המקנה לצדדים אפשרות לחזור בהם מההסכם אם יש מספר מתנגדים העולה על זה שמצוין בהסכם.

גם בהיעדר התנגדות, על בית המשפט לבחון אם סכום הפשרה המוצע הוגן תוך התחשבות במכלול הנסיבות, וביניהן גובה הפיצוי הנדרש בכתב התביעה, מידת הסיכון של ההתדיינות, משך הזמן הצפוי שלה, העלות הכרוכה בהתדיינות, סיכויי ההצלחה של

לתקנות ניירות ערך (סדרי דין לעניין תובענה ייצוגית), התשנ"ב-1991. במציאות הנוהגת בישראל הסכמי הפשרה אכן נערכים בשלב זה, ועל כן, בעלי מניות שמתנגדים לפשרה המוצעת יצאו מגדר הקבוצה המחויבת על פי פסק דין. שאלה היא אם אפשרות כזו שלא להיות מחויבים על פי הסכם הפשרה עומדת גם למתנגדים, שביית המשפט דחה את התנגדותם, כאשר הסכם הפשרה נערך שלא בסמוך לאישור הגשת התובענה כייצוגית. לדעתי, יש להכיר בסמכותו של בית המשפט להוציא את המתנגדים לפשרה ממסגרת הקבוצה המחויבת בתוצאות התובענה הייצוגית גם בשלב זה מכוח סעיף 211(ב), ולפיו "בית המשפט רשאי, לפי בקשה של אדם פלוני, להאריך לגביו את התקופה האמורה (התקופה של שישים יום מיום פרסום החלטת בית המשפט – צ' כ'), אם ראה טעם לכך". על כן, לא מתעוררת לגבי המתנגדים להסכם הפשרה בתובענה הייצוגית הבעיה שקיימת לגבי המתנגדים להסכם פשרה בתביעה נגזרת בכל הנוגע לזכות הגשת ערעור על ידם על פסק הדין המאשר את הסכם הפשרה. בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות נקבע כי המועד שיקבע בית המשפט להגשת ההתנגדות להסדר לא יפחת מ-45 ימים – סעיף 18(ג)(2) לתזכיר. כמו כן מקנה התזכיר זכות לתובע המייצג ולנתבע להגיש "בתוך המועד שיקבע בית המשפט תגובה להתנגדויות שהוגשו" – סעיף 18(ג)(3). סעיף 18(ז) לתזכיר מקנה סמכות לבית המשפט להוציא חבר קבוצה שאינו מעוניין שיחול עליו ההסדר שאושר, באופן שההסדר לא יהווה מעשה בית דין כלפיו.

322 בעלי המניות האינדיבידואליים בדרך כלל לא יקדישו זמן ומשאבים לבדוק את הגינות הפשרה לנוכח הסכום הנמוך יחסית שהם עשויים לזכות בו.

323 168 F.R.D. 276 (1996).

324 Fisch, *supra* note 25, at p. 540.

325 זהו המצב המקובל במציאות הישראלית.

התביעה,³²⁶ השלב שבו מוגשת הפשרה לאישורו של בית המשפט וכיו"ב.³²⁷ בהיעדר התנגדות לפשרה, יש להניח כי במרבית המקרים יאשר בית המשפט את הפשרה, בהיעדר מידע וזמן הדרושים לצורך קביעת חוות דעת לגבי הוגנות הפשרה. הדברים נכונים במיוחד כאשר הבקשה לאישור הפשרה מוגשת בשלב הראשוני של אישור הגשת התובענה כייצוגית ודחייתה, כפי שמקובל במציאות הישראלית. במקרה כזה, כאשר בית המשפט לא שמע כל ראיות, יש לו קושי להעריך את הגינותה והוא נוהג להסתמך על חברי הקבוצה שיגישו התנגדות לאישור הפשרה, אם יסברו כי זו אינה ראויה. עומד על כך בית המשפט בעניין מגן וקשת בע"מ נ' עלית תעשיות בע"מ:

בשלב זה של הדיון, כאשר טרם התבררו הראיות, אפילו לא שמץ מהן, בבית המשפט, אין בפני בית המשפט אפשרויות ראיות להיווכח אם הפשרה טובה למחזיקים בניירות ערך המיוצגים, או שיהיו מיוצגים, מכוח החוק, וללא ייפוי-כוח מטעמם, עם אישור התובענה כתובענה ייצוגית, על ידי המבקשים, אם לאו. לכן, אין לי אלא להניח – ואין לי סיבה לפקפק – בכישוריהם של המבקשים ובאי-כוחם להשגת הפשרה הטובה ביותר עבור הקבוצה שאותה הם מבקשים לייצג. ההגנה האפשרית היום במשפט זה מפני טעות אפשרית על ידי אישור פשרה שאינה ראויה או אינה טובה לקבוצה המיוצגת או למי מחבריה היא

326 לקשיים הכרוכים בהערכת הסיכויים של הצלחת התביעה ראו: Joseph A. Grundfest "Why Disimply" 108 *Harv.L.Rev.* (1995) 727, 739.

327 *In re Armored Car Antitrust Litigation*, 427 F.Supp. 1357, 1367 (1979). תזכיר חוק תובענות ייצוגיות כולל הסדר מפורט בכל הנוגע לאישור ההסדר על ידי בית המשפט, מחייב את בית המשפט, בדרך כלל, להזיקק לחוות דעת של מומחה לצורך הערכת הסבירות של ההסדר וכן קובע את השיקולים שעל בית המשפט לקחתם בחשבון. סעיף 18(ד) לתזכיר קובע: "(1) בית המשפט לא יאשר הסדר אלא אם כן נוכח כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה ובאינטרס הציבורי ולאחר שקיבל חוות דעת ממומחה בתחום התובענה, למעט אם ראה טעמים מיוחדים שלא להידרש לחוות דעת כאמור; השר רשאי לקבוע הוראות בדבר מינוי מומחה ותשלום שכרו; (2) החלטת בית המשפט אם לאשר או לדחות הסדר תהיה מנומקת ותכלול, בין היתר, את הפרטים הבאים: (א) הגדרת הקבוצה עליה חל ההסדר ותתי קבוצות, אם ישנן; (ב) עיקרי התובענה, לרבות הסעדים שנתבעו בתובענה; (ג) עיקרי ההסדר; (3) בהחלטתו לפי פסקה (2) יתייחס בית המשפט, בין היתר, לשיקולים הבאים: (א) הפער בין הפיצוי או הסעד המוצע בהסדר לבין הפיצוי או הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לזכות בו אילו התובענה היתה מוכרעת על ידי בית המשפט לטובת הקבוצה; (ב) התנגדויות שהוגשו והכרעה בהן; (ג) השלב שבו נמצא ההליך; (ד) ממצאי בדיקת המומחה, אשר מונה לפי פסקה (1); (ה) הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה אל מול היתרונות והחסרונות שבהסדר; (ו) העילות והסעדים שלגביהם מהווה פסק הדין מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה". כמו כן, מסמין התזכיר את בית המשפט "להתנות את אישור ההסדר בתנאים שייראו לו דרושים לשם הגנה על עניינם של חברי הקבוצה ושל הציבור, לשם הבטחת אכיפת הדין ולשם פיקוח על ביצוע ההסדר" – סעיף 18(ה).

בזכותו של כל אחד מהמחזיקים בניירות הערך, שעניינו יכול להיות מיוצג על ידי המבקשים, להודיע לבית המשפט על סירובו להיכלל בקבוצה המיוצגת על ידם ועל-ידי כך להוציא עצמו מהציבור אשר ייחנה או, אולי, יינזק כתוצאה מפסק דין הניתן בתובענה ייצוגית או בפשרה המושגת במהלך בירורה.³²⁸

גם בארצות הברית נוהגים בתי המשפט לאשר פשרה שנעשתה בתום לב, כשזו נראית לבית המשפט סבירה והוגנת, כדברי בית המשפט שם:

If a representative party's determination to negotiate and recommend a settlement is made (1) in good faith and (2) upon competent information then such a proposed settlement should ordinarily be approved if (3) it appears fair and reasonable to the court based upon what the representative plaintiff and his counsel knew about the claims and defenses at the time the settlement accord was reached (or when it became binding on the representative).³²⁹

נראה כי התערבות בית המשפט בפשרה המוצעת, בהיעדר התנגדות מצד בעלי המניות, תהיה רק במקרים קיצוניים, שבהם עולה מעיון בפשרה, גם בלי להיכנס לעומקם של דברים, כי הפשרה אינה ראויה לאישור.³³⁰ במרבית המקרים, השופטים שמוטל עליהם עומס נכבד, שמחים כי הצדדים מגיעים לפשרה והם לא יחייבו את הצדדים להמשיך להתדיין.³³¹ כדי לאפשר לבית המשפט לגבש עמדה בדבר הוגנות ההסדר וסבירותו, מוצע בסעיף 18(ד)(1) לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, לחייב את בית המשפט לקבל חוות דעת של מומחה בתחום התובענה, אלא אם כן היו טעמים מיוחדים שלא להידרש לחוות דעת כזו.

328 ת"א (ת"א) 489/93 – לא פורסם.

329 **In re Amsted Industries Incorporated Litigation**, Cons. 521 A. 2d 1104, 1108. Gregory W. Werkheiser "Delaware New Mandate in Class Action Settlements: Expanding the Scope and Intensity of Settlement Review" 20 **Del. J. Corp. L.** (1995) 496, 498.

330 ראו גם **Kou**, *supra* note 25, at pp. 262-263.

331 ראו גם **Buffone**, *supra* note 26, at p. 680.

3. קביעת שכר הטירחה של עורך הדין

לאור הניסיון בארה"ב בנושא זה של תובענה ייצוגית, שבמרבית המקרים עורכי הדין הם שיוזמים ועומדים מאחורי התביעה, כדי לזכות בשכר טירחה נכבד,³³² קובע חוק החברות כי:

בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את הקבוצה;
עורך הדין לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט.³³³

החוק אינו קובע כי שכר הטירחה ישולם מתוך סכום הפיצויים או יוטל על הנתבעים כתשלום נוסף על זה שבו חויבו לשלם לטובת הקבוצה. מכאן, שלבית המשפט מוקנה שיקול דעת רחב גם בנידון זה. הסמכות של בית המשפט לפסוק הוצאות נקבעה בתקנה 511 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ולפיה "בתום הדיון בכל הליך, יחליט בית המשפט או הרשם, לעניין שלפניו, אם לחייב בעל דין בתשלום שכר טירחת עורך דין והוצאות המשפט (להלן – הוצאות) לטובת בעל דין אחר, אם לאו".³³⁴ מטרתו של סעיף 214 לחוק החברות היא לשלול תוקפו של הסכם בין התובע לבין עורך הדין בעניין גובה שכר הטירחה, ואין בו כדי למנוע מבית המשפט לפסוק כי שכר הטירחה של עורך הדין ישולם על ידי הנתבעים בסכום שנקבע על ידו. הנשיא ברק מעלה את השאלה בעניין אנליסט אולם משאיר אותה בצריך עיון, שכן במקרה זה הוסכם בין הצדדים כי שכר הטירחה ישולם ישירות על ידי הנתבעת – ערד – ויתווסף על הפיצוי לחברי הקבוצה.³³⁵

הדברים היו פחות ברורים בהסדר שנקבע בחוק ניירות ערך, שבו, בנוסף להוראה דומה לזו שכלולה בסעיף 214 לחוק החברות,³³⁶ נקבע גם כי בית המשפט רשאי "להורות כי חלק הנראה לו מהסכום שפסק, לאחר ניכוי ההוצאות ושכר טרחת עורך הדין ישולם לתובע שטרם בהגשת התובענה ובהוכחתה".³³⁷ מההוראה האחרונה ניתן היה להסיק כי תשלום שכר הטירחה של עורך הדין הוא מהסכום שנפסק לחברי

332 J.C. Coffee "Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions" 86 Col. L. Rev. (1986) 669

333 סעיף 214 לחוק החברות. בדומה לכך קובע סעיף 22(א) לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, כי "בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך הדין שמייצג את התובע המייצג, לרבות שכר הטרחה עבור ניהול ההליך בשלב הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, על אף כל הסכם בינו לבין התובע המייצג; עורך הדין לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט".

334 תקנה 511(א) לתקנות סדר הדין האזרחי.

335 לעיל הערה 14, בפסקה 20 לפסק הדין.

336 סעיף 54 לחוק ניירות ערך.

337 סעיף 54ט לחוק ניירות ערך.

הקבוצה. אולם, מסקנה זו אינה בלתי נמנעת, ולאור העובדה שהיא מובילה לתוצאה שאינה ראויה, עדיף היה לפרש את הסעיפים האמורים בחוק ניירות ערך, באופן שבקביעת הפיצוי לקבוצה יביא בית המשפט בחשבון גם את שכר הטירחה של עורך הדין ויצרפו לסכום שנפסק לטובת התובעים.³³⁸ בקביעתו של סכום שכר הטרחה, על בית המשפט לשוות לנגד עיניו את הצורך בעידוד עורכי דין ליטול לידיהם את ניהול התובענות הייצוגיות. עומד על כך הנשיא ברק בעניין אנליסט בקובעו:

אותם טעמים עקרוניים העומדים ביסוד הצורך בעידוד תובעים ייצוגיים בכלל, ותובענות ייצוגיות בדיני ניירות ערך בפרט, מצדיקים פסיקת שכר טרחה בסכום שישקף את הוצאות המשפט ושכר טרחת עורך הדין, ולא יגרם חסרון כיס למי שנשא בעיקר ההוצאה הכרוכה בהגשת ההליך, והצלחתו. מנגד, שיעור שכר הטרחה צריך להיות סביר. הוא צריך לשקף הוצאות סבירות לניהול ההליך, ולא ליצור תמריץ להליכי סרק או לנטל מוגזם על כתפי חברי הקבוצה (ככל שהם אלה הנושאים בשכר הטרחה וכאמור, מבלי להכריע בעניין זה) או על כתפי הנתבע. שכר הטרחה ככל שהוא נגזר מן הסכום הכולל שנפסק לקבוצה צריך לשקף יחס ראוי בין שכר הטרחה ובין הפיצוי הקונקרטי לתובעים, כך שלא ייווצר מצב בו התובע הייצוגי ובאי כוחו ייצאו נשכרים, ואלו חברי הקבוצה, שבשם נוהל ההליך, יצאו וידם על ראשם.³³⁹

החוק אינו קובע את אופן חישובו של שכר הטירחה, אלא משאיר את ההכרעה לבית המשפט. יש שתי שיטות מקובלות לקביעת שכר טירחה של עורך דין: השיטה האחת היא קביעת שכר הטירחה על בסיס הסכום שנפסק בתביעה. השיטה האחרת היא קביעת שכר הטירחה על בסיס שעות העבודה שהשקיעו עורך הדין וצוות משרדו בתיק.³⁴⁰ לדעתי, קביעת שכר הטירחה של עורך הדין בתובענה הייצוגית צריכה להתחשב הן בהיקף העבודה שהשקיע בתיק ובאיכותה,³⁴¹ והן בגובה הפיצויים שנפסקו לטובת חברי הקבוצה. קביעת שכר טרחה באופן בלעדי על בסיס שעות העבודה שמושקעות בתיק עלולה לגרום לאינטרס של עורך הדין להגדיל את היקף העבודה בתיק, בלי להתחשב

338 ראו לוטן ורוז, לעיל הערה 117, בע' 363.

339 לעיל הערה 14, בפסקה 20 לפסק הדין.

340 שיטה זו מכונה בארצות הברית בשם "lodestar method". זו היתה השיטה המקובלת בארצות הברית בתביעות ייצוגיות בתחום של ניירות ערך. ראו Cooper Alexander, *supra* note 28, at pp. 538-543.

341 בקביעת הסכום שמגיע לעורך הדין, יש להביא בחשבון גם את הסיכון שלקח על עצמו עורך הדין שאם לא יזכה בתביעה יהא עליו לשאת בעלויות של הוצאות הגשת התביעה.

בכך אם יש בהשקעה כזו כדי להגדיל את סכום הפיצויים.³⁴² קיימת גם האפשרות של ניפוח הדו"ח בדבר שעות העבודה שהוקדשו לתובענה מתוך כוונה להגדיל את שכר הטירחת.³⁴³ תשלום שכר טירחה על בסיס שעות עבודה מונע מעורך הדין להסכים לפשרה, גם כאשר יש בכך כדי לקדם את האינטרסים של התובעים, וזאת, מתוך אינטרס אישי של עורך הדין להגדלת שכר הטירחת שלו בגין שעות העבודה הנוספות שיעבוד. מהצד האחר, אם עורך הדין אינו בטוח בכך שהשופט אכן יאשר לו תשלום בעד השעות הנוספות, יהיה לו תמריץ להגיע לפשרה גם כאשר תוספת עבודה היתה מגדילה את ערך הפשרה בסכום ניכר. עולה מכאן אפוא כי לא ברור אם השיטה של תשלום שכר טירחה על בסיס שעות עבודה גורמת להשגת פשרות מוקדם מדי או מאוחר מדי.³⁴⁴ כאשר עורכי דין מנהלים את התובענות הייצוגיות על בסיס אחוזים מהסכום שנפסק, הם עשויים להגיע לפשרות לא ראויות מתוך התחשבות באינטרסים האישיים שלהם. תופעה זו נובעת מהרצון של עורכי הדין להימנע מסיכון של דחיית התביעה, שעלולה לגרום נזק גדול לעורכי הדין, שהשקיעו זמן רב בהכנת התביעה ויש גם שמימנו את ההוצאות הכבדות הדרושות להגשתה.³⁴⁵ גם במקרים שבהם מעריכים עורכי הדין כי יש להם סיכויים טובים לזכות בתביעה, עדיין עשויה להיות להם מוטיבציה בשיטה האמורה של קבלת שכר טירחה כאחוז מסוים מהסכום שנפסק לסיים את ההליך בפשרה בסכום נמוך מהנזק שנגרם לחברי הקבוצה מתוך התחשבות בהשוואה בין היקף העבודה שיהא עליהם להשקיע עד לפסק הדין לבין התוספת שהם עשויים לזכות בה כשכר טירחה.

קביעת שכר הטירחת של עורך הדין על ידי בית המשפט, תוך התחשבות בשני הפרמטרים האמורים – היקף המאמץ שהשקיע עורך הדין וצוותו משרדו בתיק והסכום שנפסק – עשויה לפתור את הבעיות האמורות שמתעוררות אם מביאים בחשבון רק את אחד מהפרמטרים.

תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005 (בסעיף 22(ב)) מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב בקביעת שכר טירחתו של עורך הדין, כאשר במסגרת הגורמים שהוא מונה כלולים הן הסעד שנפסק והן המאמץ שהושקע בתיק. נוסף לגורמים אלה מונה התזכיר את החשיבות הציבורית של נושא התובענה והתועלת שצמחה לציבור ולחברי

342 על בית המשפט לבדוק את סבירות הדו"ח שמוגש לו ולהפחית את שיעור שכר הטירחת המבוקש, כאשר זה עולה על הסביר. השוו בארצות הברית: *In re Armored Car Antitrust Litigation*, 472 F.Supp. 1357 (1979).

343 כדי לצמצם את האפשרות הזו מציעים לוטן ורו לדרוש כי הדיווחים על שעות העבודה של עורכי הדין יוגשו מזמן לזמן במהלך המשפט ולא רק בסופו – לוטן ורו, לעיל הערה 117, בע' 381.

344 Randall S. Thomas & Robert G. Hansen, "Auctioning Class Action and Derivative Lawsuits: A Critical Analysis" 87 *Nw.U.L.Rev.* (1993) 423, 431-432.

345 Cooper Alexander, *supra* note 28, at pp. 536-537.

הקבוצה מהגשת התובענה, את דרך ניהול ההליך, את הפער בין הסעדים שנתבעו לסעדים שנפסקו ואת התעריף הרגיל של עורך הדין.

החוק האמריקני מ-1995 – Private Securities Litigation Reform Act of 1995 – מגביל את שכר הטירחה שיפסק בית המשפט לטובת עורכי הדין לאחוז סביר מהפיצויים ששולמו לקבוצה.³⁴⁶ אין בכך כדי למנוע מבית המשפט לקבוע את השכר על פי שעות העבודה שהושקעו על ידי עורך הדין, אולם על בית המשפט לוודא שסכום זה מהווה אחוז סביר מהסכום ששולם.³⁴⁷ בנוסף לכך, אם התובעים מקבלים טובות הנאה לא כספיות במסגרת הפשרה או פסק הדין, לא ניתן להביאן בחשבון לצורך קביעת שכרו של עורך הדין, לאור הדרישה ששכר הטירחה צריך להוות אחוז סביר מהפיצויים ששולמו – damages paid.³⁴⁸

בית המשפט העליון אצלנו טרם גיבש כללים בדבר השיטה הראויה לחישוב שכר הטירחה. בעניין אנליסט קבע בית המשפט המחוזי כי עורכי הדין יקבלו שכר טירחה בשיעור של 9% מהסכום הפשרה שישולם על ידי חברת ערד. המועד לחישוב, כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי, היה שער המניות של ערד ביום חתימת הסכם הפשרה. בית המשפט העליון קיבל את עמדת המערערת בהקשר זה וקבע כי ראוי היה ששכר הטירחה ייגזר מן הסכום שישולם בפועל לתובעים בתובענה הייצוגית, "שכן שכר הטרחה בא לשקף את התרומה של עורכי הדין לזכייה במשפט ואין הצדקה לנתק בין שכר הטרחה ובין הסכום שנפסק. זאת, בייחוד מקום בו שכר הטירחה מנוכה מן הסכום שמשולם לתובעים (שלא כפי המקרה שבפנינו, כאמור)."³⁴⁹ עם זאת, קבע הנשיא ברק, כי המקרה שעמד בפניו שונה ממקרה רגיל, בכך ששכר הטירחה בו לא נקבע בכסף אלא כנגזרת של שערן של מניות הנסחרות בבורסה, והאמורות להיות מועברות לחברי הקבוצה. במצב דברים זה עשויה להיות תגודתיות בשער המניות עד להשלמת העברת המניות לידי חברי הקבוצה, וכדי להימנע מכך, קבע בית המשפט כי הסכום יחושב לפי מועד ההסכם. בכך קבע סכום מוחלט ויציב של שכר הטירחה שאינו

346 Securities Act of 1933 §27(a)(6); Securities Exchange Act of 1934 §21D(a)(6)
 סעיפים אלה קובעים: "Total attorney's fees and expenses awarded by the court to counsel for the plaintiff class shall not exceed a reasonable percentage of the amount of any damages and pre-judgment interest actually paid to the class"
 במשמעות המעשית שיש להוראות אלה ומתייחסים אליהן כאספירציה. ראו Jill Fisch, *supra*, note 25, at p. 554
 347 James D. Cox "Making Securities Fraud Class Actions" 39 *Ariz.L.Rev.* (1997) 497, 518.
 348 *Ibid*, *ibid*
 349 שם, בפסקה 21 לפסק הדין.

מושפע מהתנודתיות של המניה.³⁵⁰ מטעם זה אישר בית המשפט העליון את קביעת בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לשכר הטירחה של עורכי הדין.³⁵¹ גם בהקשר זה של קביעת שכר טירחה של עורכי דין בתובענה ייצוגית יחול הכלל הרגיל בדבר אי התערבות של בית המשפט שלערוור בקביעת הערכאה הראשונה, אלא אם כן נפלה טעות משפטית או פגם יסודי בקביעת הערכאה הראשונה.³⁵²

4. הוצאות בהוכחת הזכות לסעד

החוק מסמיך את בית המשפט, שפסק פיצוי כספי בתובענה ייצוגית, "להורות כי נוסף לפיצוי ישולמו הוצאות, בסכום שקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה בעבור הטרחה הכרוכה בהוכחת הזכות לסעד".³⁵³

5. הוראות לגבי יתרת סכום שלא נדרשה

כאשר בית המשפט פוסק סכום כולל של פיצוי כספי בתובענה, קיימת אפשרות כי חלק מסכום זה לא ינוצל עקב כך שחלק מחברי הקבוצה לא טרחו להוכיח את זכותם לסעד. החוק מקנה, לכן, סמכות לבית המשפט לתת הוראות לגבי השימוש ביתרה שתיוותר.³⁵⁴ בפני בית המשפט פתוחות אפשרויות מגוונות. הוא רשאי לקבוע שהיתרה תחולק באופן יחסי לאותם בעלי מניות שהוכיחו את נזקם באופן יחסי לנזק שהוכח על ידם, או להורות על חלוקת הסכום הנותר לכל חברי הקבוצה באופן שווה או על כל בסיס שייראה לו.³⁵⁵ כמו כן, רשאי בית המשפט להורות על הקדשת הסכום הנותר למטרות ציבוריות, שמהן יוכלו חברי הקבוצה ליהנות באופן עקיף.³⁵⁶

350 שם, בפסקה 22 לפסק הדין.

351 שם, בפסקה 22 לפסק הדין. הנשיא ברק מציין שם כי היה מקום להגיע לתוצאה אחרת אילו שכר הטירחה היה אמור להיות מנוכה מן הפיצוי לחברי הקבוצה, שכן במקרה כזה שערוך שכר הטירחה על בסיס שער שונה של המניות מזה שהיה בעת שקיבלו חברי הקבוצה את המניות היה גורם לעיוות בכך, שאם שער המניות ירד, נגרע סכום ניכר מן הקבוצה, ואם השער עלה – יקטן שכר הטירחה של עורכי הדין. במקרה שלפניו שולם שכר הטירחה על ידי הנתבעים ועל כן לא התעוררה בעיה זו.

352 אנליסט אי.אמ.אס ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ ואח', לעיל הערה 14, בע' 263.

353 סעיף 216(א) לחוק החברות. הוראה דומה כלולה בסעיף 19(ג) לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.

354 סעיף 216(ב) לחוק החברות. סמכות דומה כלולה בסעיף 19(ה) לתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005.

355 השוו בארצות הברית §10:14, *supra* note 19, Newberg.

356 השוו בארצות הברית §10:15, §10:17, *supra* note 19, Newberg. תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, מסמיך את בית המשפט "ליתן הוראות בדבר השימוש שיעשה ביתרת הסכום, אם

ז. תמריצים להגשת התובענה הייצוגית

במרבית המקרים, האירוע, המקנה זכות להגשת תובענה ייצוגית, גורם נזק קטן יחסית למספר גדול של אנשים. הגשת תובענה ייצוגית משרתת, כאמור, הן את האינטרסים של הנפגעים לפיצוי והן את האינטרס של הרתעה מביצוע פעולות דומות בעתיד.³⁵⁷ דרושים אפוא תמריצים, כדי לעודד את אחד הנפגעים להגיש תביעה בשם הקבוצה כולה. חוק החברות, בדומה להסדר שקדם לו בחוק ניירות ערך, מספק שני סוגי תמריצים כאלה: מימון הוצאות התביעה ופיצוי מיוחד לתובע.

1. מימון הוצאות התובענה

החוק מאפשר לתובע בתביעה ייצוגית הנובעת מזיקה לנייר ערך המונפק ביד הממשלה, לאופציה או לחוזה עתידי³⁵⁸ או לנייר ערך של חברה ציבורית לבקש מהרשות לניירות ערך לשאת בהוצאותיו.³⁵⁹ התיקון שהוכנס לחוק החברות במאוס 2005 הוסיף הגדרה ל"חברה ציבורית",³⁶⁰ ולפיה:

"חברה ציבורית" – חברה שניירות הערך שלה רשומים למסחר בבורסה בישראל או שהוצעו לציבור בישראל על פי תשקיף כמשמעותו בחוק ניירות ערך.

כיוון שהגשת תובענה ייצוגית אפשרית גם כאשר עילת התביעה נובעת מזיקה לניירות ערך הנסחרים מחוץ לישראל, כאמור לעיל,³⁶¹ קובע התיקון לחוק החברות היעדר זכות למימון על ידי הרשות במקרה כזה.

לרשות הוקנה שיקול דעת באשר לנשיאה בהוצאות התובענה הייצוגית, אם שוכנעה כי יש בה עניין לציבור, ויש סיכוי סביר שבית המשפט יאשר אותה כתובענה ייצוגית. הרשות מוסמכת להציב תנאים למימון על ידה.³⁶² המימון על ידי הרשות נועד, כאמור, לסייע לתובע הייצוגי לעמוד בהוצאות הגבוהות הכרוכות בתובענה הייצוגית. כאשר בית המשפט פוסק לטובת התובע הייצוגי, ראוי להחזיר לרשות את הסכומים

נותרה, לרבות חלוקת היתרה לקרן שהוקמה לפי סעיף 34, לרשות ציבורית או לארגון שימצא לנכון, ובלבד שאותה רשות ציבורית או אותו ארגון אינם התובע המייצג" – סעיף 19(ה) לתזכיר.

357 ראו לעיל טקסט בסמוך להערות 14 – 18.

358 כהגדרתם בסעיף 64 (ב) לחוק השקעות משותפות בנאמנות. ראו ההגדרה לעיל, טקסט בסמוך להערה 76.

359 סעיף 209 (א) לחוק החברות, כפי שתוקן במאוס 2005. הוראה דומה, אם כי לא זהה, היתה כלולה בסעיף 154(א) לחוק ניירות ערך.

360 סעיף 47 לחוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005.

361 לעיל טקסט בסמוך להערות 92 – 94.

362 סעיף 209(ב) לחוק החברות. הוראה דומה היתה כלולה בסעיף 154(ב) לחוק ניירות ערך.

שהוציאה למימון התובענה. אכן, חוק החברות הולך בדרך זו, בקובעו כי "פסק בית המשפט לטובת התובע, רשאי הוא להורות בפסק הדין על שיפוי רשות ניירות ערך בשל הוצאותיה"³⁶³.

2. פיצוי מיוחד לתובע

במרבית המקרים נזקו של בעל המניות הוא קטן, כך שגם נשיאה בהוצאותיו אינה מהווה תמריץ מספק להגשת תביעה על ידיו. לפיכך, קובע חוק החברות תמריץ נוסף: פיצוי מיוחד לתובע, מעבר לנזק שנגרם לו. סעיף 215 לחוק קובע כי:

פסק בית המשפט לטובת התובע, רשאי הוא להורות על תשלום גמול לתובע שטרם בהגשת התובענה ובהוכחתה.

תכליתה של הוראה זו היא "לפצות את התובע הייצוגי על הנטל שלקח על עצמו שעה שהחליט לתבוע בשם הקבוצה כולה, ובגין הסיכון שנטל על עצמו בגין המקרה בו תביעתו תידחה", כדברי הנשיא ברק בעניין אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ ואח'.³⁶⁴ החוק אינו קובע זכות אוטומטית לפיצוי מיוחד, וכן אינו מתייחס לשיעור הפיצוי ולאופן קביעתו.

החוק מרחיב את סמכותו של בית המשפט לפסוק פיצוי מיוחד למגיש התביעה לעומת זו שהיתה כלולה בחוק ניירות ערך. סעיף 54ט(2) לחוק ניירות ערך קבע:

פסק בית המשפט פיצוי כספי בתובענה ייצוגית –

(2) רשאי הוא להורות כי חלק הנראה לו מהסכום שפסק, לאחר ניכוי ההוצאות ושכר טרחת עורך דין, ישולם לתובע שטרם בהגשת התובענה ובהוכחתה, והיתרה תחולק בין הנמנים על הקבוצה באופן יחסי לנזקיהם.

הוראת חוק החברות בהקשר זה רחבה מקודמתה בחוק ניירות ערך בשני אלה: ראשית, חוק ניירות ערך צמצם את אפשרות מתן הפיצוי המיוחד לתובע למקרה שבו פסק בית המשפט פיצוי כספי לתובע. לעומת זאת, חוק החברות מרחיב אפשרות זו לכל מקרה שבו פסק בית המשפט לטובת התובע, דהיינו גם כאשר הסעד שנפסק אינו כספי.

שנית, בעוד שחוק ניירות ערך הסמיך את בית המשפט לתת פיצוי מיוחד לתובע כחלק מתוך הסכום שנפסק בלבד, הרי שחוק החברות משמיט מלים אלה מנוסח הסעיף. מהי הנפקות של שינוי זה? האם פירוש הדבר שבית המשפט יכול להורות כי הנתבע

363 סעיף 209(ג) לחוק החברות. הוראה דומה היתה כלולה גם בסעיף 54ט(1) לחוק ניירות ערך.

364 לעיל הערה 14, בע' 257.

ישלם את הגמול הזה בנוסף לפיצוי שעליו לשלם לתובעים בגין הנזק שנגרם להם? אם נשיב על שאלה זו בחיוב, הרי שהפיצוי המיוחד של התובע יהיה על חשבון הנתבע, שישלם מעבר לנזק שגרם. אם, לעומת זאת, נשיב על השאלה המוצגת בשלילה, הרי שגם על פי החוק יינתן הגמול המיוחד לתובע מתוך הפיצויים שייפסקו לכלל חברי הקבוצה המיוצגים על ידי התובע בתובענה הייצוגית. קבלת פירוש זה, דהיינו שהגמול המיוחד לתובע יינתן מתוך סכום הפיצויים שנפסק לטובת כלל הקבוצה, משמעותה היא שהמיוצגים לא יקבלו פיצוי מלא על הנזק שנגרם להם, כי חלק מפיצוי זה ילך לטובת התובע. השאלה היא אם זהו הפתרון הראוי. ניתן להעלות נימוקים בעד ונגד פתרון זה. מצד אחד ניתן לומר כי זהו הפתרון הנכון יותר, כי בכך מפצים התובעים את מי שטרם עבורם בהגשת התביעה.

עומד על כך הנשיא ברק בפסק דינו בעניין אנליסט אי.אמ.אס ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ ואח'.³⁶⁵ הנשיא ברק מתייחס להוראת סעיף 54ט(2) לחוק ניירות ערך, שמכוחה חייב היה הגמול לתובע להשתלם מתוך הפיצויים שנפסקו בתביעה, ומסביר את ההצדקה לכך בקובעו:

הפיצוי המיוחד נפסק לכאורה כחלק מן הפיצויים שנפסקו לקבוצה כולה, ומתוכם (ראו סעיף 54ט(2) לחוק). משמעות הדבר היא, כי באותם המקרים, חלקו היחסי של התובע הייצוגי בסכום הכולל שנפסק יהיה גבוה מנזקו היחסי שלו הוא, תוך הקטנת החלק היחסי (והפיצוי הריאלי בגין הנזק) של הסכום המשולם לתובעים האחרים (לקבוצה). זאת ועוד: הסמכות לפסוק לתובע פיצוי מיוחד מהווה חריג לעקרון היסוד בפיצויים, של השבת המצב לקדמותו. משמעותו של הפיצוי המיוחד הנה נכונות להעניק לתובע הספציפי יותר מכפי נזקו בפועל, לעתים על חשבונם של הניזוקים האחרים. (ראו והשוו: רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף).³⁶⁶ אכן, באותם המקרים בהם מנוכה הפיצוי המיוחד מסך הפיצוי שנפסק לקבוצה, מהווה הפיצוי המיוחד מעין "פרמיה" אותה משלמים חברי הקבוצה לתובע הייצוגי, בגין הטרחה שנשא והסיכון שנטל. זהו רעיון ערכי שעיקרו נשיאת כל הקבוצה הנהנית מ"פרי" הניצחון, במימון יצירתו של פרי זה.³⁶⁷

מהצד האחר, ניתן לומר כי מתן הגמול לתובע הייצוגי מתוך הפיצויים בגין הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה גורם לכך שיתר חברי הקבוצה לא יקבלו פיצוי מלא על הנזק שנגרם להם. כדי לתת להם פיצוי מלא יש להטיל גם את הגמול המיוחד שנפסק לתובע, כדי לעודדו להגיש את התביעה, על הנתבע. ניתן להצדיק חיוב כזה של הנתבע בכך

365 לעיל הערה 14.

366 פ"ד נח(5) 510.

367 שם, בע' 257 – 258.

שהנתבע הוא שגרם לנזק זה עקב חוסר נכונותו לשלם לניזוקים את נזקם, דבר שחייב את התובע להגיש את התובענה הייצוגית, ולכן הוא זה שצריך לשאת גם בעלות של התמריץ המיוחד לתובע.

המסקנה המתבקשת היא כי ניתן להצדיק את שתי האפשרויות של פרשנות הסעיף. הקושי הוא אפוא מהו הפירוש שיש לאמץ בהקשר זה. יש להיות ערים לעובדה שהמחוקק טרח לשנות את נוסח הסעיף הקודם – סעיף 54ט(2) – ולקבוע ניסוח רחב יותר, שאינו מתייחס להגבלה שהגמול של התובע יינתן מתוך סכום הפיצויים שנפסק לטובת הקבוצה. מכאן ניתן ללמוד על כוונה להרחיב את סמכות בית המשפט ולאפשר לו, על פי שקול דעתו, לפסוק כי הגמול של התובע ישולם על ידי הנתבעים ולא יגוס בפיצוי של חברי הקבוצה האחרים.

יש מקום לציין שהנוסח הרחב של חוק החברות בהקשר זה, שסטה מהנוסח של חוק ניירות ערך, שונה מזה שמקובל גם בחוקים אחרים שהקנו לתובע בתובענה ייצוגית גמול עבור הגשת התובענה על ידו, ושעל פיהם רשאי בית המשפט להורות כי חלק הנראה לו מהסכום שפסק ישולם לתובע הייצוגי. זהו ההסדר בסעיף 35ט לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, בסעיף 16ט(א)(3) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, בסעיף 62ט(א)(3) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981; בסעיף 46ט(א)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. בחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, ישנה הוראה מיוחדת בהקשר זה, הקבועה בסעיף 14(ב) לחוק, ולפיה: "פסק בית המשפט הוצאות למי שהגיש תובענה ייצוגית, רשאי הוא לקבוע כי ההוצאות ישולמו, כולן או מקצתן, לתובע שטרח בהגשת התובענה ובהוכחתה". ניסוח מיוחד זה נובע מכך שהסעד הרגיל הניתן על פי חוק זה הוא סעד של ציווי, כאשר פיצויים יינתנו במקרים חריגים של מפגע סביבתי חוזר על פי סעיף 9 לחוק. מטעם זה מתייחס סעיף 14(ב) לסמכותו של בית המשפט להורות כי ההוצאות שנפסקו בתובענה ישולמו כולן או חלקן לתובע. גם הוראה זו תואמת אפוא את ההוראות האחרות שמקנות את הגמול לתובע מתוך הסכום שנפסק לטובת הקבוצה. הניסוח של חוק החברות מהווה אפוא חריג לעומת המקובל בחוקים האחרים, ומכך ניתן להסיק כוונה להסדר שונה, ובמיוחד עקב הסטייה מהוראות חוק ניירות ערך, שהוראות חוק החברות נועדו להחליפן. בהתאם לדרך פרשנות זו, מוקנית לבית המשפט סמכות על פי חוק החברות להורות על אופן הפיצוי המיוחד של התובע הייצוגי, כאשר עומדות בפניו שתי אפשרויות: האחת, להורות כי הפיצוי המיוחד לתובע ישולם מתוך הסכום שנפסק לכלל חברי הקבוצה והאחרת, להטיל את העלות של הפיצוי המיוחד על הנתבעים. בהפעלת שיקול דעתו, על בית המשפט להתחשב בתוצאות של נגיסת הפיצוי המיוחד לתובע הייצוגי מתוך סך הפיצויים של הקבוצה על הפיצוי של יתר חברי הקבוצה, וכן בחומרת התנהגותם של הנתבעים ששימשה בסיס להגשת התובענה הייצוגית.

תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, הולך בדרך זו, בהקנתו (בסעיף 21(ב)) סמכות לבית המשפט להחליט אם להטיל את תשלום הגמול על הנתבע או שהגמול יינתן מהסכום שנפסק לקבוצה. מעניין לציין בהקשר זה כי הניסיון האמריקני של הצפת בתי המשפט בתביעות ייצוגיות על ידי תובעים, שהיו מעוניינים בקבלת הפיצוי המיוחד לעצמם, הביא את המחוקק שם לקבוע בחוק בצורה מפורשת שתובע ייצוגי לא יהיה זכאי לקבל פיצוי מיוחד, מעבר לזה שהוא זכאי לו על פי חלקו בקבוצה.³⁶⁸ צעד זה ננקט במסגרת שורה של צעדים שנועדו לצמצם את התופעה של תובעים מקצועיים, שהיו מונעים בידי עורכי דין כאשר המטרה שעמדה לנגד עיניהם היתה שכר הטרחה הגבוה שהם זכו לו, ולא טובת החברה וקבוצת בעלי המניות הנפגעים שהם התיימרו לייצג.³⁶⁹ השאלה מתי יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו ויפסוק פיצוי מיוחד לתובע הייצוגי נדונה בבית המשפט העליון בעניין אנליסט אי.אם.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ ואח'.³⁷⁰ הנשיא ברק קובע בנידון זה כי:

הפיצוי המיוחד צריך להיפסק באותם המקרים בהם אכן נשא התובע הייצוגי בטרחה מיוחדת או בסיכון, או שאלמלא פיצוי מיוחד זה, לא היתה התביעה מוגשת מלכתחילה, בשל הנזק הספציפי הקטן שנגרם לכל ניזוק.³⁷¹

באשר לשיעור הפיצוי קובע הנשיא ברק בעניין אנליסט את השיקולים הבאים שעל בית המשפט לקחת אותם בחשבון כדלקמן:³⁷²

1. שיעור הפיצוי צריך לשקף את עוצמת הסיכון בו נשא התובע הייצוגי ואת הטרחה שנטל על עצמו.
2. "שיעור הפיצוי המיוחד צריך לשקף את ההכרה בחשיבותה של התובענה הייצוגית, הן לשם הגנה על אינטרס הפרט והן במסגרת אינטרס הכלל. אכן, הפיצוי המיוחד לא בא רק על מנת לפצות את התובע הייצוגי על הטרחה שבהגשת התובענה ובהוכחתה אלא, גם לספק תמריץ לתובע הייצוגי להגשים את זכות היחיד ואת אינטרס הכלל... בה בעת, אל לו – לפיצוי מיוחד זה – לעודד תובענות סרק או תובענות בשיעורים מנופחים, כמו גם איומים חסרי יסוד על נתבעים, שהם

368 ראו לעיל הערה 261.

369 ראו גם Fisch, *supra* note 25, at p. 536.

370 לעיל הערה 14.

371 שם, בע' 258.

372 שם, בע' 258 – 259.

- הסיכונים הטמונים ממילא בתובענות ייצוגיות. על הפיצוי המיוחד לתמרץ תביעות אמת, ולא הליכי נפל".
3. באותם מקרים שבהם הפיצוי לתובע הייצוגי מנוכה מן הפיצוי לשאר חברי הקבוצה, יש לוודא ששיעור הפיצוי המיוחד אינו גבוה באופן שהוא עלול לכרסם בפיצוי של שאר חברי הקבוצה. "יש לוודא, על כן, כי האינטרס של חברי הקבוצה בקבלת פיצוי הולם בגין חלקם היחסי, לא יפגע יתר על המידה. המדובר, על כן, בשמירה על יחס סביר בין הפיצוי שיפסק לתובע הייצוגי ובין התועלת של שאר חברי הקבוצה".
4. יש לבחון את שיעור הפיצוי ביחס לחלקו של התובע הייצוגי. ככל שחלקו של התובע הייצוגי בסך הסכום שנפסק קטן יותר, ראוי כי יזכה לפיצוי מיוחד בשיעור המשקף את הצורך במתן תמריץ לתובע הייצוגי, כדי שהדבר ישמש תמריץ לתובעים ייצוגיים להגשת תביעות במקרים שהנוק שנגרם להם אינו גדול דיו. מאידך גיסא, ככל שחלקו של התובע הייצוגי בסך הפיצויים משמעותי יותר, קטן הצורך בפסיקת פיצוי מיוחד כדי לשמש תמריץ עבורו להגשת התביעה.

הנשיא ברק מדגיש כי אין בשיקולים אלה כדי להוות רשימה סגורה הממצה את השיקולים הרלוונטיים לקביעת שיעור הפיצוי. קריטריונים אפשריים נוספים שמונה הנשיא ברק בהקשר זה הם: "חשיבותה הכללית של התובענה וחומרת ההפרה של החוק שביסודה; מעמדו וכוחו של התובע; מידת הצלחתו של ההליך ושיקולים נוספים".³⁷³

קביעת שיעור הפיצוי המיוחד שיינתן לתובע הייצוגי תוכרע בכל מקרה על פי נסיבותיו.³⁷⁴ בהיעדר טעות משפטית בולטת או פגם מהותי בהפעלת שיקול הדעת בידי הערכאה הראשונה שדנה בתביעה, לא יתערב בית המשפט שלערעור בגובה הפיצוי שנפסק.³⁷⁵

הפיצוי המיוחד של התובע מותנה בכך שבית המשפט פסק לטובת התובע. אם יינתן להוראה זו פירוש מילולי, תהיה התוצאה שבמקרה שבו הגיעו הצדדים לכלל הסכם פשרה, שלפיה ישלמו הנתבעים פיצוי לחברי הקבוצה בלי להודות באחריותם והתביעה נגדם תידחה, לא יוכל בית המשפט לתת פיצוי מיוחד לתובע. תוצאה זו אינה

373 שם, בע' 259. שיקולים דומים נקבעו בתזכיר הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005. בסעיף 21(א) לתזכיר נקבע כי "בהחלטתו אם להעניק הגמול ובקביעת שיעורו יתחשב בית המשפט בשיקולים הבאים: (1) הגשת התובענה והזכייה בה היו בעלות חשיבות ציבורית; (2) הגשת התובענה והזכייה בה הביאו תועלת רבה או מנעו נזק משמעותי לחברי הקבוצה או לציבור; (3) התובע טרח טרחה מיוחדת בהגשת התובענה ובניהולה, ובפרט אם התובענה היא לסעד הצהרתי; (4) הפיצוי הכספי או הסעד האישי שבו יזכה התובע הוא מצומצם, ביחס לטרחה ולסיכון שהוא לקח על עצמו בהגשת התובענה ובניהולה כתובענה ייצוגית".

374 שם, שם.

375 שם, בע' 261.

ראויה. יש מקום להכיר בזכותו של התובע המייצג לפיצוי מיוחד גם במקרה האמור, שבו זכו חברי הקבוצה המיוצגים לפיצוי, הגם שמבחינה פורמלית נדחתה התביעה. לתוצאה כזו ניתן להגיע בדרך של פרשנות תכליתית של הוראת החוק, שלפיה הפיצוי המיוחד לא יינתן רק כאשר בית המשפט פסק לטובת התובע, אלא גם בכל מקרה שבו, מבחינה מעשית, זכו חברי הקבוצה לפיצוי או לסעד אחר מהנתבעים. בדרך זו הלך השופט לויט בתובענה ייצוגית שהוגשה בעניין יצהר מכוח חוק ניירות ערך.³⁷⁶ השופט לויט נתן פירוש רחב להוראה הקובעת את סמכותו לתת פיצוי מיוחד לתובע במקרה שבו "פסק בית המשפט פיצוי כספי בתובענה ייצוגית". הוא התייחס למהות התוצאה של ההליך – מתן פיצוי לבעלי אגרות החוב חברי הקבוצה התובעת – ולא לפורמליות של דחיית התביעה וקבע כי:

אמנם במקרה זה, התביעה נדחתה, אך הדבר נעשה כחלק מהסדר שבו זכו קבוצת המחזיקים באגרות החוב של החברה בסכום לא מבוטל, גם כתוצאה מהתביעה הייצוגית. לכן, אני קובע שהתובעים המקוריים זכאים להחזר של מלוא האגרה ששילמו וכן להחזר ההוצאות בעין שהוציאו בקשר להגשת התביעה... בטרם יחולקו הכספים בין חברי הקבוצה, ובנוסף לכך ישולם לתובעים הללו פיצוי מיוחד בשיעור של 10% מהסכומים שהם זכאים להם לפי ההסדר כמחזיקים באגרות החוב.³⁷⁷

בדומה לכך קבע בית המשפט העליון שכר טירחה לעו"ד לויט, שיזם תביעה נגד קו-אופ הריבוע הכחול בע"מ, על אף דחיית בקשתו לאישור עתירתו כעתירה ייצוגית. בית המשפט קבע כי:

בהחלטתנו מיום 16.9.01 דחינו את בקשת עורך-דין לויט לאישור עתירתו כעתירה ייצוגית. עם זאת ציינו, כי "לדעתנו ראוי לויט להערכה רבה על מאמציו בקידום עניינם של חברי הקו-אופ, וכי להערכה זו יש ליתן ביטוי גם בשכר הטרחה שייפסק לזכותו בסיום הדיון בעתירה זו". נחה דעתנו, כי גם בעלי הדין האחרים סבורים שמן הראוי לפסוק לטובת העותר, עורך הדין לויט, שכר שיבטא גם הערכה למאמצים שהשקיע בקידום עניינם של חברי הקו-אופ. במסגרת התגובות נתבקשנו לשקול פסיקת שכר מתאים גם לעורך הדין כספי ולעורכת הדין מרקוביץ, שאף הם גילו יוזמה והשקיעו עבודה רבה בקידום עניינם של חברי הקו-אופ. אף בקשה זו מקובלת עלינו. לאחר שקילת כלל הנסיבות החלטנו להעמיד את שכרו של העותר, עורך הדין לויט, על סך 450,000 ש"ח,

376 ת"א (ת"א) 1651/91 אקרמן ואח' נ' מיטלמן ואח', פ"מ תשנ"ג(3) 410.

377 שם, בע' 412.

ואת שכרו של כל אחד משני הפרקליטים האחרים (עורכת הדין מרקוביץ ועורך הדין כספי) על סך 75,000 ש"ח. לסכומים הללו יתווסף מע"מ, והם יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום מתן פסק הדין. הסכומים ישולמו על ידי מי שיופקד על ביצוע ההסדר, כחלק מהוצאות ההסדר, במסגרת מימוש הנכסים.³⁷⁸

בנוסף להכרה של בג"צ בזכותו של מגיש התביעה לשכר בגין מאמציו, הכיר בית המשפט גם בזכותם של עורכי הדין שייצגו את מגישי התביעה לשכר בגין טירחתם, על אף העובדה שבית המשפט לא אישר את הגשת התובענה הייצוגית. אכן, ראוי לקבוע דין שווה בין שני אלה – מגיש התביעה ועורך הדין שפעל מטעמו בהקשר זה של פיצוי בגין טירחתם.³⁷⁹ כשם שעורך הדין זכאי לקבל תגמול בגין הטירחה שלו בהגשת התביעה, כך יש להכיר גם בזכותו של התובע, שהשקיע מאמצים בהגשת התביעה ולקח על עצמו את הסיכון הכרוך בניהולה, לקבל פיצוי עקב כך, גם אם בסופו של דבר לא פסק בית המשפט לטובתו.

תזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, פותר את הקושי האמור באמצעות קביעה מפורשת כי סמכותו של בית המשפט להורות על מתן גמול לטובת התובע המייצג קיימת גם כאשר בית המשפט פסק לטובת התובע "על דרך של אישור ההסדר".³⁸⁰

378 בג"ץ 8047/98 עו"ד לויט נ' שר העבודה והרווחה ואח', תק-על 2002(1), 208, 210.
 379 להכרה בזכותו של עורך דין לשכר טירחה במקרה כזה ראו גם ת"א (ת"א) 2106/01 פישר נ' מקורות חברת המים הלאומית (לא פורסם); ת"א (ת"א) 2076/02 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' שמיוביץ ואח' (טרם פורסם), החלטה מיום 23.11.03.
 380 סעיף 21(א) לתזכיר.