

## תביעה ויצוגית לפי חוק ניירות ערך

מאת: ישי לויט\*

### מבוא

#### תביעת נציגים לפי תקנות סדר הדין האזרחי

הכלל הדיוני הרחב הוא, שהמימצאים שנקבעו בפסקי-דין מחייבים את בעלי-הדין בלבד ואינם חלים על מי שלא הוזמן ליטול חלק בדיון כבעל-דין. קיימים מקרים רבים שבהם יש קבוצת אנשים, אשר להם אינטרסים משותפים ועניין משותף באותה תובענה – בין כתובעים ובין כנתבעים. הדרך הרגילה לקשור את כל אלה למימצאים ולתוצאות של פסקי-הדין היא לצרפם כבעלי-דין בתובענה.

תקנות 21-24 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סד"א), מסדירות את הנושא של צירוף בעלי-דין. בית-משפט רשאי לאשר צירוף של בעלי-דין, כאשר נמצא מכנה משותף בין כל בעלי-הדין (אלה המקוריים ואלה שצורפו). המכנה המשותף הנדרש מורכב משלושה רכיבים:

(1) כולם מבקשים לקבל סעד משפטי או שנדרשים לתת סעד כזה (לפי ההלכה, הסעד חייב להיות משותף).

(2) הסעד שביסוד התובענה – לגבי כל בעלי-הדין – יהיה אותו מעשה או מעשים או עסקות.

(3) אילו הוגשו תביעות נפרדות היתה מתעוררת בהן שאלה משותפת, משפטית או עובדתית. בית-המשפט מוסמך להורות על צירוף בעלי-דין בכל שלב משלבי הדיון, כשהדבר דרוש כדי שבית-המשפט יוכל לפסוק ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה.

זו הדרך הפשוטה והשגרתית לקשור את כל הנוגעים בעניין הנדון לפסקי-הדין. קיימים מקרים שבהם לא ניתן לצרף את כל מי שמעוניין בתביעה על-פי המכנה המשותף האמור, או שהצירוף יכביד במידה לא סבירה על ניהול המשפט, אך יחד עם זאת, רצוי לקשור את כל המעוניינים הללו לפסקי-הדין, כך שהוא יחול גם עליהם.

תקנות סד"א, בעקבות סדרי-הדין באנגליה,<sup>1</sup> מאפשרות לבעלי-דין לבקש רשות מבית-המשפט לייצג את כל המעוניינים כמוהם (כתובעים או כנתבעים) בתביעה. הייצוג נעשה מבלי שהללו יהיו בעלי-דין. ההסדר אצלנו קבוע בתקנה 29 לתקנות סדרי-הדין.<sup>2</sup>

\* שופט בית-המשפט המחוזי בת"א-יפו.

1. כלל 12 בצו מס' 15 של כללי בית-המשפט הגבוה לצדק (Rules of the Supreme Court) משנת 1965.

2. הנוסח של תקנה 29 הוא כך:

"(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 הרשם, ככל שיוורה בית המשפט או הרשם בכל מקרה ומקרה".

בית המשפט העליון פירש את המילים: "המעוניינים בתובענה אחת" שבתקנה 29, כהמשך לתקנה 21 שעוסקת בצירוף בעלי-דין. וזו הלשון של תקנה 21: "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."

במסגרת "מעוניינים בתביעה אחת", לעניין תקנה 29, נכלל רק אדם שממלא שלושה תנאים מצטברים:

- (1) נתונה לו תביעה לסעד משותף עם התובעים.
- (2) תביעתו מעוגנת באותם מעשים או עסקות כמו תביעת התובעים.
- (3) תביעתו מעוררת שאלה של עובדה או של חוק שבית המשפט יצטרך להכריע בה גם בתביעת התובעים.

בית המשפט העליון קבע, בעקבות ההלכה באנגליה, שהסעד המגיע לכל אחד מהמעוניינים צריך להיות משותף ושווה. דהיינו, אין די בכך שתביעות כל המיוצגים מעוגנות באותם מעשים או עסקות ושאלו הוגשו תביעות נפרדות היתה מתעוררת ככולן אותה שאלה משפטית או עובדתית; נדרשת גם אחידות בעניין הסעד.<sup>3</sup> לפיכך ניתן לתבוע סעד הצהרתי משותף לכל המעוניינים בו, לפי תקנה 29, אך לא ניתן לתבוע בשם מעוניינים סעד של פיצויים עבור נזקים, משום שמידת הפיצויים יכולה להשתנות ממעוניין אחד לאחר.

זו גישה מצמצמת מאוד לתקנה 29. באנגליה קיימת מגמה להקל בדרישה בעניין אחידות הסעד כתנאי לייצוג של מעוניינים בתביעה. כך, למשל, בעניין *E.M.I. v. Riley*,<sup>4</sup> התיר בית המשפט לחברת התקליטים E.M.I. לתבוע בתביעה ייצוגית בנויקין נתבע שהפר זכויות יוצרים בתקליטים, למרות שמידת הנזק, ולכן גם הפיצויים, שונים ממעוניין אחד לחברו.

בפסק-הדין בעניין *Prudential Assurance*,<sup>5</sup> נקבעו שלושה תנאים להגשת תביעה ייצוגית, לפי תקנה 12 האנגלית:

(1) חברי הקבוצה המיוצגת בתביעה ייצוגית לא ייהנו מזכות שלא היו זוכים בה אילו הגישו תביעה עצמאית, וזכויות ההגנה של הנתבעים לא ייפגעו בשל היות התביעה ייצוגית.

(2) קיים אינטרס משותף בתביעה לכל החברים בקבוצה המיוצגת. צריך להיות מרכיב משותף בעילות התביעה של כל אחד מחברי הקבוצה.

(3) הוכח להנחת דעתו של בית המשפט שיהיה זה לטובת הקבוצה אם התובענה תוגש כתביעה ייצוגית. במסגרת תנאי זה, בית המשפט צריך להשתכנע שבתביעה הייצוגית ניתן יהיה להוכיח ולברר כהלכה את כל השאלות המשותפות הרלבנטיות לגבי כל חברי הקבוצה.

צריך להעיר שבפסק-הדין בעניין *Prudential Assurance*, בית המשפט לא

(ב) כל מי שמיוצג בתובענה כאמור בתקנת משנה (א) רשאי לבקש מבית המשפט או מהרשם לעשותו בעל דין בה.

3. ע"א 79/69, 86 פלצאינדוסטרי נ' רבינוביץ, פ"ד כג(1) 645.

4. [1981] 1 W.L.R. 923.

5. [1980] 2 W.L.R. 507.

איפשר לתובעים לתבוע פיצויים בשם הקבוצה המיוצגת, כיוון שהנזק לא היה אחד לכולם.

ניתן אולי לצפות שבית המשפט העליון בישראל יגמיש את התנאים לתביעה בשם מעוניינים לפי תקנה 29 לתקנות סד"א,<sup>6</sup> אך לא בכך דיוונו. הזכרתי את ההסדר שבתקנות סד"א רק כרקע המסביר מדוע לא היה די בתקנה 29 שבתקנות סד"א כדי לענות על הצרכים של מחזיקים בניירות ערך, לעניין תביעה ייצוגית, ומדוע היה צורך לקבוע הסדר מיוחד לתביעה כזו בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968 (להלן: חוק נ"ע).

ניקח לדוגמא מקרה שבו פורסמו פרטים מטעים בתשקיף. האחריות של המפרסמים היא משותפת, לכאורה, כלפי כל מי שרכש את ניירות הערך על סמך התיאור המטעה שבתשקיף. קרוב לוודאי שהשאלות המשפטיות תהיינה משותפות, אולם מידת הנזק יכולה להשתנות ממחזיק אחד לחברו, שהרי מחירי הרכישה, תקופת ההחזקה בנייר הערך וכדומה, הם לא בהכרח זהים אצל כל המחזיקים; וכן, ברוב המקרים אין זהות בעסקאות הרכישה של נייר ערך מסוים על ידי מחזיקים שונים, לכן, שני התנאים הראשונים שמניתי בתקנה 29 (כפירושו בהלכה הנוכחית) לא מתאימים לתביעה ייצוגית לפי חוק נ"ע.

לפי הפירוט המצמצם שבית המשפט העליון נתן לתקנה 29, לא היתה אפשרות להגיש לפיה תביעה ייצוגית במקרה שניירות הערך שביסוד התביעה נרכשו בעסקאות שונות ו/או במקרה שהסעד המתבקש שונה ממחזיק למחזיק.

המחוקק סבר שיש להגן על משקיעים "קטנים" בניירות ערך, כך שהאינטרס שלהם כמחזיקים בנייר ערך יוכל להישמר מבלי להיזקק כל אחד מהם לפנות בנפרד לבית המשפט לשם קבלת סעד במקרה שזכויותיו נפגעו.

לכן נקבעו ההוראות המיוחדות בעניין תביעה ייצוגית בחוק נ"ע, בתיקון מס' 9 משנת 1988.<sup>7</sup>

בארצות הברית מוסדר הנושא של התביעה הייצוגית בחוק פדרלי Uniform Class Action Act, ובנוסף לכך בסעיף 23 לתקנות סדרי ההגנה האזרחיים הפדרליים, המסדיר את הנושא של תביעה ייצוגית. מדינות רבות בארצות הברית אימצו את ההסדר הפדרלי. חוק נ"ע שלנו, בפרק התביעה הייצוגית, נחקק במתכונת האמריקאית, ולכן יש מקום שניעזר בפסיקה אמריקאית לצורך פרשנות ולצורך מדיניות שיפוטית.

#### הצורך בתביעה ייצוגית לפי חוק נ"ע

אחד המאפיינים של ניירות ערך נסחרים בבורסה של תאגידים, שהם מחזיקים בידי ציבור רחב של משקיעים, חלקם משקיעים קטנים. לעיתים, משקיע כזה אינו יודע שמישהו פגע בזכויותיו כמחזיק בנייר ערך, ואפשר שאף אם הדבר ידוע לו, אין הנזק שנגרם לו ראוי להוצאות, לטרה ולטרדה הכרוכים בהגשת תביעה משפטית. אולם, הנזק שנגרם לכלל המחזיקים בנייר ערך מסוים יכול להיות נכבד. לכן, היה צורך לקבוע מסגרת ומתכונת מיוחדת לתביעות ייצוגיות בתחום

6. רע"א 696/92 דאהוד עטיה נ' עיריית ירושלים, תקדין עליון, כרך 92(2) (תשנ"ב-תשנ"ג) 418.

7. פרק 10 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

ניירות ערך, למען המשקיעים הקטנים. אי אפשר היה להמתין להתפתחות הפסיקה בנושא של תביעת נציגים לפי תקנות סד"א.

הצורך להגן על המשקיע הקטן ולאפשר, בעיקרון ובכפוף למילוי התנאים הנדרשים לכך בחוק נ"ע, לכל אחד מקבוצת המשקיעים בעלי האינטרס המשותף, לתבוע בשם כל חברי הקבוצה, אינו הנימוק היחיד לחקיקת פרק התביעה הייצוגית בחוק נ"ע. נימוקים נוספים שראוי להזכיר הם אלה:

(1) יש בכך להרתיע מנפיקים, דירקטורים ונושאים אחרים באחריות בהקשר לניירות ערך, מפני הפרת חובותיהם כלפי ציבור המשקיעים בניירות הערך "שלהם".

(2) הפיקוח על מעשי האחראים מתרחב במובן זה שבנוסף לפיקוח מטעם הגופים המופקדים מטעם רשות ניירות ערך, וגופי מדינה אחרים וליכולתם לנקוט בהליכים או בצעדים שונים במקרים של פגיעה במשקיעים (כולל נקיטת הליכים פליליים במקרים המתאימים), קיים בתביעה הייצוגית היבט של פיקוח באמצעות הליך אזרחי הננקט על ידי בעלי העניין.

(3) התביעה הייצוגית מבטיחה שהמהלוקת בין כל בעלי העניין (זולת אלה שאינם בעלי דין ושבהרו במפורש לפרוש מהכלל) תוכרע בהליך אחד. בכך נחסך זמן שיפוטי שהיה נדרש אילו הוגשו תביעות רבות מקבילות.

(4) נמנע חשש מפסקי דין שונים בתביעות דומות.

#### תביעה ייצוגית לפי חוק נ"ע

מי רשאי לתבוע בתביעה ייצוגית?

סעיף 54א(א) לחוק נ"ע קובע:

"מחזיק בנייר ערך (להלן: התובע) רשאי לתבוע בשם קבוצת מחזיקים בניירות ערך...".

מתעוררות מייד השאלות: מיהו "מחזיק" ומהו "נייר ערך"? האם די בכך שהתובע החזיק יום אחד בנייר ערך כדי לעשותו לדוברם של מחזיקים באותו נייר ערך? האם צריכה להיות זהות בתקופת ההחזקה של התובע ושל אלה שהוא מבקש לייצגם בתביעה? האם צריכה להיות חשיבות לערך הכספי של החזקתו של התובע בנייר הערך לעומת הערך הכספי של החזקה בידי חברי הקבוצה?

לחלק מהבעיות האלה אתיחס להלן, כשאדון בתנאים שבסעיף 54ב(3), ו-54ב(4) שבחוק נ"ע. עתה אתיחס לכשירותו של התובע כ"מחזיק" בנייר ערך. נודמן לי לדון בעניין זה בת"א (ת"א) 19/92, המ' 138/92 זת חברה ליעוץ כלכלי בע"מ נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ.<sup>8</sup> וכך נאמר שם:

"הפירוש הראוי למילה 'מחזיק', צריך לשרת את התכלית החקיקתית של הפרק שבחוק המאפשר, בתנאים שנקבעו בחוק, להגיש תביעה ייצוג (ע"א 165/82, פ"ד ל"ט (2) 70)".

פירוש מצמצם למילה "מחזיק" בסעיף 54א(א) הנזכר, אשר משמעו דרישה שהתובע בתביעה ייצוגית ימשיך להחזיק בנייר הערך במהלך המשפט, יצמצם במידה רבה, שאין לה צידוק, את האפשרות להשיג את המטרות הנזכרות לעיל

8. פ"מ תשנ"ד (1) 192, 195.

(מתן תרופה – באחת – לכל ציבור רוכשי אותם ניירות ערך שביסוד התביעה, ושחרור מהצורך בניהול מטפלים רבים באותו עניין).

כמו כן צויין, כי:

"המועד הקובע למבחן מיהו 'מחזיק', לצורך סעיף 54א(א) לחוק נ"ע, הוא יום השלמתה של עילת התביעה של התובע... לכן, לגבי הדרישה שבחוק שהתובע יהא מחזיק בניירות ערך, די בכך שהוא מחזיק בנייר ערך במועד שבו הושלמה עילת התביעה, על מנת שיוכל לבקש מבית משפט אישור להגיש תביעה ייצוגית."<sup>9</sup>

אשר למונח "נייר ערך", הרי שהגדרתו מצויה בסעיף 1 לחוק נ"ע (תעודות המונפקות בסידרה). בעניין זה הנזכר, הורחב המושג "נייר ערך" כך שיכלול גם אופציות לרכוש ניירות ערך.<sup>10</sup> פסק-הדין הנזכר אושר בבית-המשפט העליון.<sup>11</sup>

#### "עילת תביעה ראויה", בתביעה ייצוגית

כל עילת תביעה שיש לתובע נגד הנתבעים יכולה להיות תשתית למכנה משותף ובסיס לתביעה ייצוגית (סעיף 54א(א) לחוק נ"ע קובע: "... בשל כל עילה אשר בשלה יכול על פי דין התובע לתבוע בשמו ונגד כל נתבע אשר התובע יכול לתבוע בשמו..."). עילות התביעה אינן חייבות להצטמצם בחוק נ"ע, שהרי נאמר "על פי דין".

#### עילת תביעה הנעוצה בנזק

סעיף 54א(ב) לחוק נ"ע קובע: "מקום שעילת התביעה היא נזק, די בכך שהתובע יראה כי נגרם לו נזק". "נזק" יכול שיהיה חסרון כיס ממש ויכול שיהיה הפסד של רווחים צפויים.<sup>12</sup>

לעניות דעתי, נוסח הסעיף אינו מוצלח. מה פירוש הביטוי "עילת התביעה היא נזק"? האם הכוונה לעילת תביעה בנוזיקין, להבדיל מעילת תביעה חוזית? אני סבור שלא. מטרת הסעיף לומר שאם התביעה היא בשל נזק שנגרם לתובע – בין אם העילה חוזית, בין אם העילה בנוזיקין ובין אחרת – על התובע להראות לבית-המשפט שנגרם לו נזק, והוא איננו נדרש להראות שנגרם נזק לזולתו.

בשלב של הדיון בבקשה לאישור תביעה ייצוגית, התובע אינו צריך לשכנע לכאורה את בית-המשפט בדבר גובה הנזק שנגרם לו, אלא רק בכך שנגרם לו נזק – נזק ממשי ואמיתי. אין לדרוש מהתובע, לא בשלב הדיון בבקשה ולא בשלב הדיון בתביעה הייצוגית (לאחר שאושרה כזו), להוכיח את אירוע הנזק ואת מידת הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה שהתובעים מבקשים לייצגו. בדרישה כזו תהיה כמובן משום מכת מוות לכל תביעה ייצוגית, שכל כולה באה למנוע צורך להטריח כל בעל עניין להגיש תביעה נפרדת ולהוכיח את עילתו בשאלות של

9. שם, בע' 195, 196.

10. ראה בע' 15-16 לפסק-הדין.

11. רע"א 1701/93 (סרם פורסם).

12. אנגלרד דיני הנוזיקין (ג') סדסקי עורך, תשל"ל 164.

עובדה או של משפט המשותפות לקבוצה. לרוב, התובעים המייצגים אינם יודעים את שמות כל חברי הקבוצה ואת הכתובות של כל אחד מהם, ולכן לא יוכלו להביא ראיות על הנזקים שנגרמו לכל אחד מחברי הקבוצה. מעשה בית-הדין שבפסק-הדין בתביעה הייצוגית יחול באותן שאלות משותפות של משפט או של עובדה, ולא מעבר לכך. בזאת מתבטאת עילת התביעה המשותפת. כל חבר בקבוצה יצטרך להוכיח את זכותו לסעד (הנזק שנגרם לו), לפי סעיף 54(ב) לחוק נ"ע ולפי פרק ד בתקנות נ"ע.

**אישור בית-המשפט**

סעיף 54 קובע:

"תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט והוא לא יאשרנה אלא אם כן שוכנע שנתקיימו תנאים אלה:..."

האישור של בית-המשפט צריך להינתן מראש, לפני תחילת שמיעתו של המשפט. שני שלבים בדרכה של תביעה ייצוגית: שלב ראשון הוא הגשת התביעה המבוקשת להיות תביעה ייצוגית בצירוף בקשה בדרך המרצה, שבה יש למסור פרטים על מהותה של הקבוצה המיוצגת המוצעת, המספר המירבי המשוער של חבריה, השאלות העובדתיות והמשפטיות המשותפות לקבוצה, הנימוק מדוע התביעה ראויה להיות תביעה ייצוגית ונתונים על שכר-טרחתו של עורך-הדין שינהל את התביעה.<sup>13</sup>

בהמ' 12717/93 במסגרת ענין זה הנוכר<sup>14</sup> נקבע שכל מי שמבקש להיות תובע "מייצג" חייב לתמוך את בקשתו בתצהיר שלו, ואין די בכך שיסתמך על תצהיר של תובע אחר. הטעם לכך הוא שעליו לשכנע את בית-המשפט שהוא (אולי לא כתובע יחיד) מתאים לייצג את הקבוצה; כי תביעתו הוגשה בתום-לב; וכי הוא ממלא את הדרישות שבסעיף 54 לחוק נ"ע. באותו תיק נקבע עוד, כי בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית הינה, במהותה, הליך ביניים. בהליך ביניים מותר להסתמך על תצהיר שכלולות בו עובדות הידועות למצהיר מפי אחרים, אם כי יש לציין את מקור המידע.

בסיומו של השלב הדיוני הזה, בית-המשפט מאשר או דוחה את הבקשה לאשר תביעה כתביעה ייצוגית. אם בית-המשפט דוחה את הבקשה, רשאים התובעים להגיש תביעה רגילה בשמם הם.<sup>15</sup> אם ולאחר שבית-המשפט מאשר תביעה כתביעה ייצוגית – ובהחלטה כזו חייבים להיות מרכיבים מסוימים, כמפורט בתקנה 7 לתקנות נ"ע – תידון התביעה לגופה. נטל השכנוע שהתקיימו כל התנאים המצטברים המנויים בסעיף 54 הוא על המבקשים.

**התנאים למתן האישור של בית-המשפט**

"(1) התובענה הוגשה בתום-לב וקיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו כתובענה לטובת הקבוצה"

13. תקנות 3-12 לתקנות ביירות ערך (סדרי-דין לעניין תביעה ייצוגית), תשנ"ב-1991 (להלן: תקנות נ"ע).  
14. לעיל הערה 8.  
15. תקנה 6(1) לתקנות נ"ע.

בדין האנגלי ובדין האמריקאי אין דרישה מפורשת לתום-לב בהגשת התובענה, אם כי ניתן להשוות זאת לדרישה של "ידיים נקיות" בתביעה אקוויטבילית. בתקנות סד"א אין דרישה שתביעה תוגש בתום-לב, אולם הפסיקה קבעה שבית-המשפט מוסמך לדחות או למחוק תביעה על הסף, אם הגשתה מהווה שימוש לרעה בהליכים השיפוטיים.<sup>16</sup> כבי' השופט ברק קבע, בבר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי,<sup>17</sup> כי:

"חובתו זו של בעל דין להפעיל את כוחותיו המשפטיים דיוניים בדרך מקובלת ובתום לב, מטילה עליו את החובה לפעול כפי שבעל דין הגון וסביר היה פועל במקומו. המבחן לפעולתו זו אינו מבחן סובייקטיבי, ואינו מותנה בגישתו האינדבידואלית של בעל הדין באשר לנכון ולראוי... יש לעמוד על כך כי (בעלי הדין - "ל") ינהגו זה כלפי זה כבני אדם הגונים וסבירים."

בחוק נ"ע, המחוקק קבע מפורשות שעל התביעה לעמוד במבחן תום-הלב. על השופט לבחון, לפי מבחן אובייקטיבי, שהתביעה המבוקשת היא סבירה והגונה. תביעה סבירה והגונה משמעה, תביעה המבוססת על עילה אמיתית ורצינית שעשויה להביא תועלת של ממש לכל חברי הקבוצה, וכן שהתביעה אינה מכוונת להשיג מטרה של התובע שאינה מתיישבת עם האינטרסים של כלל חברי הקבוצה בתביעה. תביעה חסרת תום-לב יכולה להיות, למשל, כאשר תובע לא החזיק במניות מסוימות והוא רכש מספר מועד שלהן כדי להגיש את התביעה הייצוגית, ובכך להתפרסם כמגינו של הציבור ואגב כך אף לצבור הכנסה מסוימת, כשיבקש מבית-המשפט פיצוי מיוחד לטרתו;<sup>18</sup> או תובע המעוניין, הודות לקיומה של תביעה ייצוגית, להביא לירידת המחיר של מניות בחברה מסוימת, כך שיוכל לרוכשם במחיר מופחת, ואולי להיכנס, כתוצאה מכך, להנהלת החברה. כיוון שעל בית-המשפט לבחון את תום-הלב שבהגשת התביעה לפי קנה מידה אובייקטיבי של סבירות והגינות, יש בכך קשר לתנאי הנוסף שבס"ק (1), והוא כי תהיה קיימת סבירות לכך ששאלות מהותיות של עובדות ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו לטובתה.

בתי-המשפט בארצות-הברית נוטים לפרש את סעיף 23 בתקנות סדר הדין האזרחי האמריקאי כך שדרישת הסבירות חלה רק על סיכויי הצלחת התביעה לטובת הקבוצה. דהיינו, בית-המשפט אינו צריך, במסגרת הדיון בבקשה לאשר תביעה כתביעה ייצוגית, לבחון את הסבירות ואת הרצינות של העילה, אלא עליו רק לבחון את הסבירות שאם התובע יזכה בתביעה, הדבר יפעל לטובת כל החברים בקבוצה.

לעניות דעתי, בית-משפט בישראל צריך לבחון לכאורה, בכאול לקבוע אם תביעה ראויה להיות תביעה ייצוגית אם לאו, הן את רצינות העילה, אמיתותה והגינותה (תום-הלב), והן את הסבירות שבית-המשפט יכריע לטובת הקבוצה בשאלות המשותפות לחבריה. לפיכך, על התובע מוטל הנטל לשכנע לכאורה את בית-המשפט בנקודות אלה.

16. ע"א 8/74 לייזרוביץ נ' לייזרוביץ, פ"ד כח(2) 436.

17. פ"ד לה(3) 449, 461.

18. סעיף 554 לחוק נ"ע.

בעת האישור של תביעה ייצוגית, בית המשפט חייב לקבוע ולהגדיר את השאלות העובדתיות והמשפטיות המשותפות לחברי הקבוצה ולתובעים. הווי אומר, שבית המשפט צריך להשתכנע בשלב של מתן החלטתו לאשר תביעה ייצוגית, שקיימות שאלות משותפות כאלה ושהן מרכיב חשוב בתביעה של התובעים וחברי הקבוצה.

מהי מידת ההוכחה לכאורה, או מידת הסבירות הנדרשת? כפי שקבעתי בת"א 11464/91 אקרמן נ' מיטלמן:<sup>19</sup>

"על בית המשפט להשתכנע שלכאורה העילה או העילות הנטענות על ידי המבקשים משותפות לקבוצה כולה, ושיש סיכוי סביר שהתביעה תצלח, אם תוכח, לתועלתם של חברי הקבוצה. לפי מבחן זה, על המבקשים להציג גירסה בעלת מידת שכנוע לכאורה גבוהה יותר מאשר נדרש נתבע בסדר דין מקוצר להציג בתצהירו התומך את בקשתו ליתן רשות להתגונן. לנתבע כזה די בהצגת הגנה דחוקה. על המבקשים להגיש תביעה ייצוגית לשכנע את בית המשפט שקיימת אפשרות סבירה של הצלחה לתביעה. לאמור, לא די בסיכויי הצלחה דחוקים, אלא על המבקשים להציג תביעה בעלת סיכויי הצלחה סבירים.

אני מוצא טעם רב לדרישה זו. התובעים בתביעה ייצוגית לא רק מזכים את המחזיקים חברי הקבוצה שלא בפניהם, אלא הם גם מחייבים אותם בקשירתם לתובענה הייצוגית. המחזיקים יהיו כבולים בפסק הדין לטוב ולרע (אלא אם כן מחזיק הודיע שאינו רוצה להיכלל בקבוצה תוך 45 ימים מיום שפורסמה החלטת בית המשפט המאשרת הגשת תובענה ייצוגית - סעיף 54 לחוק ניירות ערך). לכן, לפני שבית המשפט יתן ידו ל'קשירת' קבוצת מחזיקים בניירות ערך לתובענה ולתוצאותיה, עליו להשתכנע שהתביעה היא בעלת סיכויי הצלחה סבירים לטובת חברי הקבוצה."

מהן שאלות משותפות של עובדה ושל משפט?

חוק נ"ע אינו דורש שאותם מעשים או עסקאות ישמשו את העילות של התובע ושל חברי הקבוצה. הוא גם לא דורש אחדות נוקים בין התובע לבין חברי הקבוצה (בהבדל מדרישת הפסיקה לגבי תביעת נציגים לפי תקנה 29, שאותה הזכרתי בתחילת הדברים).<sup>20</sup> אף אם קיימות מחלוקות נוספות בין חברים בקבוצה לבין הנתבעים אין בכך כדי לחסום תביעה ייצוגית. המבחן הוא לפי עיקר וטפל. אם השאלות המרכזיות הצריכות הכרעה בתביעה הן משותפות לכל חברי הקבוצה, נתמלא התנאי, לעניין זה, שבסעיף 54ב(1); אם לאחר פסק-דין יידרש כל חבר בקבוצה לעבור דרך ארוכה של הוכחות עובדתיות ומשפטיות כדי לזכות בסעד, משמעות הדבר שהעיקר לא היה משותף אלא נפרד, ובמקרה כזה נאמר שהתנאי שבסעיף 54ב(1) לא התקיים.

19. לא פורסם.

20. סעיף 54ה(ב) ותקנה 9 לתקנות נ"ע (סדרי-דין לעניין תביעה ייצוגית) היתוו דרך להוכחת הנוקים שנגרמו לכל אחד מחברי הקבוצה.



(2) גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית" מניסוחו של תנאי זה עולה שכאשר מדובר במספר מועט של מחזיקים בניירות ערך, שיש להם בסיס תביעה משותף עם המבקשים, אין מקום להגשת תביעה ייצוגית. אם יש מקום וצורך לקשור את כל המחזיקים הללו בתוצאות ההליך, יש לצרפם כבעלי-דין, על-פי תקנות סד"א. החוק אינו קובע מספר מינימלי של תובעים כתנאי לכשרותה של קבוצה לצורך תביעה ייצוגית, וטוב הדבר. לעיתים יש קבוצה לא גדולה של מחזיקים, אך הם מפוזרים וקשה לאתרם ולצרפם כבעלי-דין או שצירופם אינו אפשרי לפי תקנות סד"א. ייתכן, שבמקרה כזה, אף-על-פי שבנסיבות אחרות היה בית-המשפט נמנע מלאשר את התביעה כתביעה ייצוגית – בשל מספר מועט יחסית של חברים בקבוצה – בנסיבות המקרה הוא יאשר זאת. לפי נוסח הסעיף, בית-המשפט צריך לשקול כל מקרה לגופו ולקבוע אם בנסיבות המקרה הנדון, גודלה של הקבוצה מצדיק או אינו מצדיק את אישור התביעה כתביעה ייצוגית.

בארצות-הברית נקבע, שקבוצה גדולה ורחבה מדי יכולה לגרום לחוסר יכולת להגדיר את הקבוצה או לקשיים בניהול התביעה. זו סיבה שלא לאשר תביעה ייצוגית. למשל: במקרה של פיזור רב מדי של מחזיקים וחוסר יכולת להגיע עם מידע לחלק מהותי של הקבוצה, או במקרה של חוסר יכולת לנהל במרוכז את ענייניה מצד התביעה, או פגיעה ביכולת ההגנה של הנתבעים בשל המורכבות של הקבוצה. הקשיים יכולים להתעורר בסוגיית ההגדרה של השאלות שבמחלוקת, איסוף נתונים על האינטרסים של חברי הקבוצה נגד הנתבעים, הסבירות שהפרסום על דבר הגשת התביעה הייצוגית לא יוכל להגיע לחלק מהותי של חברי הקבוצה, וכיוצא באלה. בנסיבות האמורות בית-המשפט לא יאשר תביעה ייצוגית.<sup>21</sup> לפי תקנה 3 לתקנות נ"ע, על תובע המבקש מבית-המשפט לאשר לו תביעה ייצוגית למסור פרטים על חברי הקבוצה המיוצגת המוצעת ועל המספר המירבי המשוער של חבריה.

כמות ניירות הערך שהונפקו (לגבי תביעה המבוססת על מצגים פגומים בתשקיף) או כמות ניירות הערך שנסחרו, יכולים להצביע על סדר הגודל של הקבוצה.<sup>22</sup> התובע חייב למסור פרטים על הקבוצה. אמנם, הוא אינו חייב למסור את המספר המדויק של החברים בקבוצה, וגם אינו צריך למסור את השמות של חברי הקבוצה וכתובותיהם, אולם הוא צריך למסור מספיק נתונים שיבהירו את הזהות (המסוימת) של חברי הקבוצה, מבחינת תיאורם, שווי ניירות הערך הרלבנטיים המוחזקים על-ידי חברי הקבוצה והאינטרס המשותף להם. הנתונים המזהים את חברי הקבוצה חשובים כדי לקבוע, לאחר מתן פסק-הדין, מי קשור בו ומי לא.

21. ראה: School District of Philadelphia v. Harper & Row Publishers 267 F. Supp. 1001 (1967).

22. Ficher v. Kelty 41 F.2d 377; O'connor & Associates v. Dean Witter 559 F. Supp. 800; Randle v. Spectran 129 F.2d 386; Jordan v. Global Natural Resources 102 F.2d. 45.

"(3) התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"

מהכתוב עולה שאם קיימת דרך טובה יותר לבירור המחלוקת בין חברי הקבוצה מצד אחד לבין הנתבעים מצד שני, כגון: הגשת תביעות נפרדות, או צירוף בעלי-דין, לא תאושר תביעה ייצוגית. לא די בכך שקיימת דרך דיונית אחרת לבירור המחלוקת; צריכה להיות דרך דיונית אחרת טובה יותר מתביעה ייצוגית על-מנת שבית-המשפט לא יאשר הגשת תביעה ייצוגית, בהקשר זה.

תביעה ייצוגית יכולה להיחשב, בדרך כלל, כדרך הדיונית היעילה וההוגנת ביותר לבירור תביעות של מחזיקים בניירות ערך, כאשר מספר המחזיקים הוא רב עד כדי חוסר הגיון או חוסר יכולת מעשית לצרף את כולם כבעלי-דין, וכאשר הנזק שנגרם לכל מחזיק כשלעצמו הוא יחסית מועט. תביעה ייצוגית נועדה לזכות מחזיק כזה, שלא יכול היה להגיש תביעה עצמאית, או שלא היה טעם כלכלי שיעשה כן.

אם תביעה ייצוגית תכביד מאוד על בירור המחלוקת, או אם צפוי שבקבות פסק-דין בתביעה ייצוגית יהיה מבול של תביעות אינדיבידואליות להוכחת הנזקים האינדיבידואליים הנפרדים של כל חבר בקבוצה, והליכים נפרדים אלה יגזלו זמן שיפוטי רב ללא כל יחס לעומת הזמן שנדרש לבירור התביעה הייצוגית, אזי אין לאשר תביעה ייצוגית.<sup>23</sup>

על בית-המשפט לשקול כל מקרה לפי נסיבותיו.

"(4) קיים יסוד סביר להניח כי התובע מייצג בדרך הולמת את עניינם של כל חברי הקבוצה"

אסור שיהיה ניגוד אינטרסים בין התובעים לבין חברי הקבוצה. על התובעים להצהיר שלמיטב ידיעתם אין ניגוד אינטרסים כזה, אך בכך לא די. בית-המשפט צריך להשתכנע שהתובעים, וכן עורכי-הדין שמייצגים אותם, ראויים ומסוגלים לייצג היטב, בכשרון, במרץ ובידע, את האינטרסים של חברי הקבוצה.<sup>24</sup>

לכן, אם יש פסול מוסרי או מקצועי בתובעים או בבאי כוחם, או אם בית-המשפט יסבור שישנם מועמדים אחרים טובים יותר לייצג את הקבוצה בתביעה ייצוגית (כגון שקיימים תובעים אחרים המבקשים לייצג את הקבוצה באותו עניין, או שמי מחברי הקבוצה מציע שהיא תיוצג על-ידי באי-כוח אחרים), רשאי בית-המשפט שלא לאשר לתובעים לייצג את הקבוצה, או לקבוע תנאים, שאם ימולאו, יוכלו התובעים לייצג את הקבוצה.<sup>25</sup>

לתובע צריך להיות עניין אמיתי בתביעה, שעולה בקנה אחד עם האינטרס המשותף לחברים בקבוצה. כאשר תובע מחזיק במספר זעום של מניות ונזקן שואף לאפס - מותר לבית-המשפט לדקוק בציציותיו של התובע ובסיבות האמיתיות שהניעו אותו לבקש להגיש תביעה ייצוגית. אם הסיבות סבירות ומניעיו תמימים,

<sup>23</sup> Windaham v. American Brands Inc. 565 F. 2d 59 (1977).

<sup>24</sup> In Re Caesars Palace Securities Litigation 360 F. Supp. 366; Carrol v.

American Federation of Musicians of U.S. and Canada 372 F. 2d 155 (1967).

<sup>25</sup> ראה תקנה 5 לתקנות נ"ע.

והתביעה מוגשת למען השגת האינטרס המשותף לכל חברי הקבוצה, לא יהיה פסול בתובע כמייצג של הקבוצה. אולם יש להבטיח מראש שתובע כזה אכן יכול ומתכוון לנהל את התביעה כראוי ולא יאבד עניין בה עד לפסק־הדין. במקרה כזה ייתכן שפתרון טוב יהיה לצרף כמה תובעים נוספים כמייצגים של הקבוצה. בהחלטה שניתנה לאחרונה בעניין בזק,<sup>26</sup> מפי כב' השופט שטרומן, נבחנה שאלת הייצוג ההולם באספקט הכלכלי שלה. וכך נאמר שם:

"ראוי היה להבטיח מראש את המימון הדרוש לניהול התביעה ולדאוג לביטוח עבור קבוצת התובעים מפני כשלונה של התביעה כתוצאה מרשלנות אפשרית של הפרקליטים הטוענים עבורה."

עוד מוסיף כב' השופט שטרומן, כי מחובתו של בית־המשפט להגן על כל התובעים שיכללו במסגרת התובענה הייצוגית (ללא הסכמתם המפורשת ולעיתים אף ללא ידיעתם), "על ידי בדיקת אפשרויותיו הכלכליות של התובע בתובענה הייצוגית וכישוריו של פרקליטו לייצג את התובעים. חובה זו מוטלת על בית־המשפט גם אם המשיבים אינם חולקים על כשרם וכישוריהם של התובע ופרקליטו, שהרי הם אמורים להיות מעוניינים ביריבים חסרי ממון וכשרון."

אני חושש שכב' השופט שטרומן החמיר מדי בדרישות (כגון לעניין עשיית ביטוח לפרקליטים וכיוצא באלה), אך התנאים שהציג מעידים על הרצינות שנדרשת מכל מי שמבקש להיות תובע מייצג. כשלעצמי, אני ביטאתי גישה זו בדרישה שכל תובע יגיש תצהיר, שבו יסביר מדוע הוא ראוי להיות תובע מייצג.

#### הגדרת הקבוצה

חוק נ"ע קובע, כי על בית־המשפט, המאשר הגשת תובענה ייצוגית, להגדיר את הקבוצה שבשמה תוגש התובענה.<sup>27</sup> גם בתקנה 7 לתקנות נ"ע נקבע, שבית־המשפט המאשר תביעה ייצוגית יגדיר בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תוגש התביעה. המחוקק ומחוקק־המשנה לא קבעו נוסחה כיצד להגדיר קבוצה. הדבר נתון לשיקול דעתו של בית־המשפט.

הגדרת קבוצה נחשבת בארצות־הברית כקביעה עובדתית של בית־המשפט היושב בדין, משום שהיא מבוססת על הראיות שהובאו בפני בית־המשפט במסגרת הדיון בבקשה לאשר את התביעה כתביעה ייצוגית.<sup>28</sup>

התנאי המהותי לקיומה של קבוצה שבשמה תנוהל תביעה ייצוגית נקבע בסעיף 54ב(1) לחוק נ"ע: דרוש שתהיינה שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה. יש להדגיש, שאין דרישה שתהיה זהות אינטרסים בין התובעים לבין כל

26. ת"א 1252/92 (לא פורסם).

27. סעיף 54 לחוק נ"ע קובע:

"(א) אישר בית־המשפט את הגשת התובענה כתובענה ייצוגית, יגדיר את הקבוצה שבשמה תוגש התובענה, ויורה על אופן פרסום החלטתו.

(ב) יראו מי שנמנה עם הקבוצה שהגדיר בית־המשפט כמי שהסכים להגשת התובענה כתובענה ייצוגית, אלא אם כן הודיע לבית־המשפט על רצונו שלא להיכלל בקבוצה, וזאת תוך ארבעים וחמישים ימים מיום פרסומה של החלטת בית־המשפט; בית־המשפט רשאי לפי בקשה של אדם פלוני להאריך לגביו את התקופה האמורה, אם ראה טעם מיוחד לכך."

28. 59 American Jurisprudence (1987) p. 457.

חברי הקבוצה, אם כי צריך להיות להם אינטרס משותף משמעותי בתביעה. אם יש ניגוד אינטרסים בין התובעים לבין מי שהם מבקשים לייצג בתביעה, התובעים ייפסלו מלהגיש תביעה ייצוגית. אם יש ניגוד אינטרסים בין חברים שונים או בין קבוצות חברים מתוך הקבוצה שאינם בעלי־דין, משמעות הדבר היא שלא ניתן לכלול את כל אלה בקבוצה אחת. התוצאה יכולה להיות צמצום הקבוצה המיוצגת, או פסילת התביעה הייצוגית כולה, בשל היעדר קבוצה הומוגנית שניתן לייצג בתביעה ייצוגית.

נראה לי שיש לאפשר מסגרת גמישה להגדרת קבוצה, לעניין תביעה ייצוגית לפי חוק ג"ע. אין צורך שהזכויות של כל חברי הקבוצה ינבעו מעסקה אחת או מעסקאות משותפות. אין פסול בקבוצה גם כאשר זכויות התביעה של יחידה נובעות מעסקות שונות ובלבד שיש לכל חברי הקבוצה אינטרס משותף (לאו דווקא זהה) בתוצאות הבדיקה. אינטרס משותף יכול להיות במישור הערכי העקרוני: ההכרה של בית־המשפט בזכות של חברי הקבוצה נגד הנתבעים, כולם או חלקם, וקביעת סוג הסעד ומתכונת הפיצוי שהנתבעים – כולם או חלקם – יתנו לחברי הקבוצה. במישור הפרטני – ייתכן שכל חבר בקבוצה יצטרך להוכיח את נזקו.<sup>29</sup>

על בית־המשפט להגדיר את הקבוצה, בהחלטה המאשרת את התביעה הייצוגית, על בסיס האינטרסים המשותפים של כל חבריה בתביעה. בית־המשפט צריך לתאר את החברים בקבוצה באופן מלא, מדויק וברור, משום שפסק־הדין יהווה מעשה בית־דין כלפי כל החברים בקבוצה שלא הודיעו לבית־המשפט שאינם חפצים להיכלל בקבוצה.<sup>30</sup> לא ניתן להגדיר קבוצה אמורפית.

בארצות־הברית, בית־המשפט רשאי לפצל קבוצה לקבוצות־משנה ולהעניק סעד לחלק מהקבוצה ולא לחלק אחר; אצלנו מוטל הדבר בספק, אם כי ייתכן שבית־המשפט יוכל לקבוע קטגוריות שונות של חברים בקבוצה, בעת הגדרת הקבוצה.<sup>31</sup>

#### מעמד החברים בקבוצה, שאינם התובעים

יש להבחין בין התובע או התובעים שהגישו את התביעה לבין חברי הקבוצה המיוצגת על־ידם. חברי הקבוצה אינם במעמד של תובע (כמשמעותו בתקנות סד"א), גם לאחר שתביעה הוכרה כתביעה ייצוגית. התביעה הוגשה, אמנם, גם בשם, פסק־הדין ישמש מעשה בית־דין, וזאת כלפי מי שהודיע לבית־המשפט שאינו רוצה להיכלל בקבוצה,<sup>32</sup> אולם הם אינם בגדר תובעים. תובעים הם בעלי־הדין שהגישו את התביעה או מי שצורף כתובע במהלך המשפט; המיוצגים אינם בעלי־דין.

יש חשיבות להבחנה זו בכל הקשור לנקיטת הליכי ביניים בתביעה ייצוגית, משלוח הזמנות לדיונים, מסירת כתבי בי־דין וכיוצא באלה, וכמובן לעניין הזכות להשתתף באופן אקטיבי במהלך המשפט (להביא ראיות, לחקור עדים וכדומה).

29. תקנה 9(א) לתקנות ג"ע.

30. סעיף 154(ב) לחוק ג"ע.

31. סעיף 154 לחוק ג"ע; כן ראה: *Miller v. Mackey International* 452 F. 2d 427 (1971).

32. כנאמר בסעיף 154(ב) לחוק ג"ע.

אין בחוק נ"ע או בתקנות נ"ע הוראות בעניין מעמדם של חברי הקבוצה במהלך הדיון בבקשה ובתביעה. לפי תקנה 11 לתקנות נ"ע יחולו הוראות תקנות סד"א בכל עניין שלא נקבע הסדר לגבי תקנות נ"ע. לפיכך, חבר בקבוצה יוכל, בכל עת במהלך הדיון בבקשה או במהלך הדיון בתביעה הייצוגית עצמה, לבקש לצרפו כבעל-דין, לפי המתכונת ובתנאים שנקבעו בתקנות סד"א. ייתכן, שבית-המשפט יהיה פחות נדיב בצירוף בעל-דין שכאלה בעת הדיון בתביעה הייצוגית (בהבחנה מהדיון בבקשה לאשר תביעה ייצוגית), כאשר הדבר יכביד על ניהול המשפט, משום שהאינטרסים של המבקש להצטרף כבעל-דין מוגנים על-ידי התובעים שנמצאו ראויים לנהל את התביעה בשם הקבוצה. אולם, נראה לי, שבית-המשפט ייעתר לבקשת חברים בקבוצה להצטרף כבעל-דין בבקשה לאישור התביעה הייצוגית, משום שעמדתם יכולה להשפיע על תוצאות הדיון בבקשה, וזאת בתנאי שמספר המבקשים להצטרף לא יכביד על ניהול הדיון.

בארצות-הברית מוקנה לבית-המשפט שיקול דעת להתיר לחבר קבוצה, שזכויותיו לא מיוצגות כראוי, להתערב במשפט (Permissive intervention). בית-המשפט יכול לקבוע את המסגרת ותנאים להתערבות כזו. אצלנו לא קיימת הוראה כזו. לפי סדרי-הדין בהליכים אזרחיים רק לבעל-דין או למי שמבקש להיות בעל-דין נתון מעמד להישמע בבית-המשפט. לכאורה כלל זה צריך לחול גם לגבי תביעה ייצוגית. אולם, בתקנה 7 לתקנות נ"ע נאמר שבהחלטה המאשרת את התביעה הייצוגית, בית-המשפט ייתן הוראות בדבר ניהול התובענה, במשמע הוראות שבסדרי-דין,<sup>33</sup> מכאן, שבית-המשפט מוסמך לקבוע הוראות שיאפשרו לחברים בקבוצה להשמיע את דברם בבית-המשפט, במהלך הדיון בתביעה הייצוגית, מבלי שיהיו בעל-דין.

#### מעמד הנתבעים בדיון בבקשה לאשר תביעה ייצוגית

שאלה היא, אם הנתבעים צריכים להיות בעל-דין בבקשה לאשר תביעה ייצוגית, שהרי אין שואלים נתבע אם הוא מוכן להיות נתבע. תקנות נ"ע שותקות בנקודה זו. אני סבור שהנתבעים חייבים אכן להיות משיבים בבקשה כזו. כיוון שאין הוראה בעניין זה בתקנות נ"ע, חלות ההוראות של תקנות סד"א, בשינויים המחוייבים לפי העניין. בבקשה לפי תקנה 29 לתקנות סד"א, הנתבעים הם משיבים, שהרי הבקשה מתנהלת במסגרת התובענה ובעל-הדין בה הם בעל-הדין בתובענה.

מבחינת העניין המהותי, משפט הוגן ותקין (Due Process of Law) כולל את העקרון שיש לשמוע את כל הצדדים הנוגעים לעניין, אשר החלטת בית-המשפט עשויה להשפיע עליהם. החלטת של בית-המשפט המאשרת תביעה ייצוגית משפיעה על הנתבעים בעניין היקף התביעה, דרך ניהולה והסיכון שמולו ניצבים הנתבעים. לכן, לא יכול להיות ספק שלנתבעים יש מעמד של משיבים בבקשה כזו.

#### התוצאות של אישור תביעה כתביעה ייצוגית

כיוון שמרבית המעוניינים בתביעה אינם בעל-דין בתביעה הייצוגית, אך הם קשורים בתוצאותיה (זולת מי שהודיע לבית-המשפט בתוך 45 ימים מיום פרסום

33. סעיף 54 לחוק נ"ע.

ההחלטה של בית-המשפט המאשרת את התביעה כתביעה ייצוגית, שאינו רוצה להיכלל בקבוצה),<sup>34</sup> על בית-המשפט לכלול בהחלטה המאשרת את התביעה כתביעה ייצוגית, את הרכיבים המופיעים בתקנה 7 לתקנות נ"ע, והכוללים הוראות בדבר פירוט העילה והסעד, הגדרת השאלות, הוראות בדבר הדיון ובדבר פרסום ההחלטה.

הדרישה שבסעיף 54 לחוק נ"ע ובתקנה 7 הנזכרת, כמו גם האיסור שחל על התובע להסתלק מהתביעה או להתפשר עם הנתבעים ללא אישור של בית-המשפט (סעיף 54 לחוק), נועדו להבטיח "משפט תקין" (Due Process), מבחינת האינטרסים של כלל החברים בקבוצה.

האיסור להסתלק מתביעה או להתפשר בה ללא אישור בית-המשפט נועד גם למנוע הגשת תביעה ייצוגית לצרכי סחיטה של הנתבעים. בהחלט יתכן שיהיה נוח יותר לנתבעים לשלם לתובעים כורישתם, ובלבד שלא יגישו תביעה ייצוגית רבת-סיכון מבחינת הנתבעים. לכן, נדרש הפיקוח והאישור של בית-המשפט לפשרה או להסתלקות מתביעה. בית-המשפט יודא שהתובעים לא יזכו בהטבות יתר לעומת חברי הקבוצה, אלא במסגרת ובהיקף שאושרו על-ידי בית-המשפט, ועד כמה שאושרו. בית-המשפט המאשר הסדר פשרה צריך לסבור שהפשרה היא לטובת החברים בקבוצה. לכן, על הצדדים לפשרה להציג בפני בית-המשפט את היתרונות שמהם יהנו יתר החברים בקבוצה.

#### פיצול סעדים

תקנה 45 לתקנות סד"א קובעת את הכלל של מיצוי העילה. תובע זכאי לתבוע את כל הסעדים העומדים לזכותו בשל עילת התביעה, אולם אם לא תבע את כולם, שוב לא יוכל לתבוע את הסעדים שלא דרש בתביעתו, אלא אם כן התיר לו בית-המשפט לפצל סעדים.

בית-המשפט יכול להעניק רשות כזו, לבקשת תובע (שתישמע במעמד הצדדים כהליך ביניים), בכל שלב עד לסיום המשפט.<sup>35</sup>

אלמלא היתה הוראה אחרת בחוק נ"ע, זה היה המצב גם בתביעה ייצוגית, לא רק לגבי התובע אלא גם לגבי החברים בקבוצה.

אולם, סעיף 54 לחוק נ"ע קובע:

"אין בהוראות פרק זה כדי למנוע ממחזיק בניירות ערך סעד משפטי אחר כלפי נתבע."

כיוון ש"מחזיק" כולל גם את התובע וגם את החברים בקבוצה המיוצגת בתביעה הייצוגית, משמעות ההוראה שבסעיף 54 היא שהמחזיק התיר - הן לתובע והן לכל אחד מחברי הקבוצה (לכל "מחזיק") - פיצול סעדים מראש, ללא דיון, ומבלי לאפשר לנתבעים לומר את עמדתם בנקודה זו. המחזיק מאפשר למחזיקים בניירות ערך לתבוע סעד משפטי אחר. אם נאמר שהסעד הוא בשל עילה אחרת מאשר זו שביסוד התביעה הייצוגית, הסעיף מיותר וחסר תועלת. כדי

34. סעיף 54(ב) לחוק נ"ע.

35. דהיינו עד לסיום המשפט הראשון, ולא בתביעה למועדים נוספים. ראה י' זוסמן סדר הדין האזרחי (מהדורה שביעית, תשנ"ה) 168-169.

לתת לו משמעות יש לקבוע, שהמחזיקים יהיו רשאים לתבוע בתביעה אחרת סעד משפטי אחר בשל אותה עילה או עילות שנכללו בתביעה הייצוגית. זו תוצאה קשה לנתבעים. טעם אפשרי להוראה זו הוא, כי אף על-פי שהמכנה המשותף הנדרש בתביעה ייצוגית הוא קיומן של שאלות משותפות שבמשפט ו/או שבעובדה, לתובעים ולחברים בקבוצה, ולא סעד משותף, הרי שברוב המקרים גם סוג הסעד הנתבע הוא משותף לתובעים ולקבוצה. המחוקק ביקש, כנראה, שלא להכביד על תביעות ייצוגיות – על הגשתן ועל גיהולן. על-ידי פיצול סעדים המחוקק הסיר דאגה מלב התובעים, כך שאינם חייבים לכלול בתביעה הייצוגית את כל הסעדים שעומדים לזכותם ולזכות החברים בקבוצה (שבהם ייתכנו הבדלים בין חברי הקבוצה), והתובעים יכולים לצמצם את התביעה הייצוגית לסעדים המשותפים להם ולקבוצה המיוצגת. סעד שלא נדרש בתביעה הייצוגית, יוכל להידרש בתביעה נפרדת.

נוסח הסעיף אינו מוצלח. הוא אינו קובע דברים בצורה פוזיטיבית. לא נאמר שנשמרת זכות למחזיקים לתבוע סעדים אחרים בשל אותה עילה; נאמר שאין בפרק זה למנוע סעד אחר. האם יש לגרוס שלמרות שפרק זה אינו מונע תביעת סעד אחר, תקנות סד"א מונעות זאת, אלא אם כן בית-המשפט אישר פיצול סעדים? לעניות דעתי, יש לדחות פרשנות כזו, שמרוקנת את סעיף 54 מתוכן. יש לומר, שזהו הסדר מיוחד לתביעה ייצוגית, הסדר שונה מהכלל שבתקנות סד"א בדבר מיצוי עילה בתביעה אחרת, אלא אם כן בית-המשפט התיר פיצול סעדים. ההסדר המיוחד שבחוק נ"ע מתיר פיצול סעדים, ללא צורך ברשות של בית-המשפט לכך.

#### אגרת משפט

האחריות והנטל הכספי של גיהול תביעה ייצוגית חלים על התובעים. התעוררה השאלה, אם על התובעים לשלם אגרת משפט לפי שווי התביעה שלהם או לפי שווי התביעה הכוללת של הקבוצה המיוצגת בתביעה. השאלה לא התעוררה לגבי תביעה ייצוגית לפי חוק נ"ע אלא לגבי תביעה לפי תקנה 29 לתקנות סד"א. אולם כיוון שאין הוראה בעניין זה בתקנות נ"ע, יש לנהוג לפי ההלכה בעניין תביעות נציגים לפי תקנה 29 לתקנות סד"א.

בב"ש 195/88, 198 בעניין מ"י נ' הופר<sup>36</sup> נקבע כי:

"שווי לא מוגדר של הסעדים המבוקשים עשוי, אכן, לאפיין תובענה המוגשת על-ידי תובע בשם קבוצת מעוניינים, מאחר שלא תמיד ניתן למנות במדויק את מספרם של אותם מעוניינים, ואף לא ניתן להצטייד בנתונים מדויקים בדבר שיעור הסעד הכספי המתבקש בענייננו של כל מעוניין..."

על התובע לשלם – בנסיבות המתוארות לעיל – אגרה לפי שווי הסעד המבוקש לעצמו, וזאת כמוכן, בהנחה שניתן לבטא שווי זה בכסף. לאחר שבית-המשפט (כב' הנשיא שמגר) קובע, שאגרה היא תשלום לקופת המדינה תמורת שירות משפטי, והואיל שהמצב האופייני בתביעות ייצוגיות הוא

שיש מעוניינים רבים שזהותם והסעד המבוקש עבור כל אחד מהם אינם ידועים לתובע, קובע כב' הנשיא:

"לא ניתן לראות במעוניינים אלה כמי שמקבלים שירות משפטי מהמדינה, ואין מקום לחייב את התובע לשלם את האגרה אף עבורם. אם ייפסק – בתום המשפט – סכום כספי עבורם, בפסק הדין שינתן, יחוייבו בהתאם". במילים אחרות: אגרת משפט עבור תביעת הקבוצה (בהבדל מהתובעים שעליהם לשלם את האגרה עבור ולפי שיעור הסעד המבוקש עבור עצמם), תידחה עד למתן פסק הדין. אם בפסק הדין יזכו חברי הקבוצה בסעד הניתן להערכה כספית, יהא על כל אחד מחברי הקבוצה לשלם את האגרה היחסית החלה לפי שווי הסעד שנפסק לטובתו. אפשר ששווי הסעד שנפסק לזכות חבריים ספציפיים בקבוצה, יתברר רק לאחר הוכחת זכות לסעד בשיעור ספציפי, לפי תקנה 9 לתקנות נ"ע. ובמקרה כזה, האגרה תשולם על-ידי חבר הקבוצה לאחר מתן ההחלטה בעניינו.

בעניין בזק הנזכר,<sup>37</sup> הבחין כב' השופט שטרומן, לעניין האגרה, בין שלב הגשת הבקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית לבין אישורה ככזו. וכך פסק כב' השופט:

"בעת הגשת הבקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית אין צורך בתשלום אגרת תובענה אלא אגרה עבור הבקשה. את האגרה עבור התובענה הייצוגית יש לשלם על פי ערכה אחרי אישורה כתובענה ייצוגית במועד שיוקצב לכך על ידי בית המשפט."

עוד הוחלט שם שלא לחייב את המבקשת באגרה אלא אם תבקש להמשיך ותובענה למרות שלא הוכרה כתובענה ייצוגית. קובע כב' השופט שטרומן:

"תובענה ייצוגית איננה כוללת בחובה את תובענת התובע כתובענה עצמאית וממילא אינה חייבת באגרת בית המשפט כל עוד לא הוגשה כתובענה ייצוגית."

לעניות דעתי, על מי שמבקש להגיש תביעה ייצוגית לשלם אגרה על בקשתו, כפי שזאת משתלמת בבקשה לסעד והצהרתי – הצהרה שהוא רוצה להגיש תביעה ייצוגית.<sup>38</sup>

אם וכאשר תוגש התביעה הייצוגית בעקבות אישור הגשתה על-ידי בית המשפט יהיה על המבקש לשלם אגרה לפי שיעור הסעד המבוקש עבורם (לפי פסק הדין בעניין קרן הופר).

#### הוצאות משפט ושכר-טרחת עו"ד

תובע בתביעה ייצוגית רשאי לבקש מהרשות לניירות ערך לשאת בהוצאותיו, לרבות תשלום שכר-טרחת לעורך-דינו. הרשות רשאית לשאת או להשתתף בהוצאות אלה, בסכום ובתנאים שתיקבע, אף לפני שבית המשפט אישר את התביעה כתביעה ייצוגית, ובלבד שהרשות שוכנעה שיש בתובענה עניין לציבור ושיש סיכוי סביר לכך שבית המשפט יאשר את התובענה כתובענה ייצוגית.<sup>39</sup>

37. לעיל הערה 26.

38. תקנות 2(א) ו-3(א) לתקנות בית המשפט (אגרות).

39. סעיף 145 לחוק נ"ע.



במקרה שהרשות מממנת את התביעה, היא זכאית לשיפוי עבור הוצאה זו, כפי שיורה בית-המשפט בפסק-דין שבו ייקבע, כי יש לשלם פיצוי כספי לתובעים ולקבוצה.

בית-המשפט הוא שקובע את שכר הטרחה של עורך-הדין שייצג את הקבוצה, ואסור לעורך-הדין לקבל שכר-טרחה מעבר לכך.<sup>40</sup> בית-המשפט רשאי להורות על פיצוי מיוחד לתובע שניהל את התביעה הייצוגית, בשל טרחתו עבור הקבוצה.<sup>41</sup> התובע נוטל על עצמו לא רק טרחה והוצאות אלא גם סיכון להיות מחוייב בהוצאות משפט אם תביעתו תידחה. לכן, בית-המשפט מוטמך לפצותו בשל כך מתוך סך כל הכספים שישולמו על-ידי הנתבעים על-פי פסק-הדין. הפיצוי ושיעורו נתונים לשיקול-דעתו של בית-המשפט בכל מקרה לפי נסיבותיו. על בית-המשפט לראות את עניינו של התובע אך גם את עניינם של חברי הקבוצה. לכאורה, הפיצוי צריך להתחשב בזמן, בטרחה, בשיעור ההוצאות שנשא בהן התובע ובאיכות התרומה של פעולתו לטובת הקבוצה. באותה מידה יש להתחשב בשיעור הפיצוי שייפסק לתובע עצמו וביחס לתועלת של חברי הקבוצה, ועל בית-המשפט לשמור על פרופורציה סבירה בין הגורמים הללו.

ערעור על החלטה בבקשה לאשר תביעה כתביעה ייצוגית בעניין האמור אין הוראות בחוק נ"ע ובתקנות נ"ע, ולפיכך חל הדין הכללי. סעיף 40 לחוק בתי-המשפט [גוסס משולב] קובע, כידוע, שפסק-דין בערכאה ראשונה, של בית-משפט מחוזי, ניתן לערער, בזכות, לבית-המשפט העליון. "החלטה אחרת" של בית-המשפט המחוזי ניתנת לערער ברשות של שופט של בית-המשפט העליון, שנקבע לכך על-ידי נשיא בית-המשפט העליון. השאלה היא מהי מהותה של החלטה בעניין אישור או דחייה של בקשה לאשר תביעה כתביעה ייצוגית, לצורך ערעור: האם היא "פסק-דין" או "החלטה אחרת"? המבחן המקובל לסיווג החלטה כפסק-דין או כהחלטה אחרת הוא טכני; יש לבחון אם בית-המשפט סיים את מלאכתו בתיק, בהחלטה שעליה מבקשים לערער. אם סיים – לפנינו פסק-דין; לא סיים – לפנינו החלטה אחרת.<sup>42</sup> כאשר בית-המשפט מאשר תביעה כתביעה ייצוגית הוא לא סיים את מלאכתו, וההחלטה המאשרת את התביעה הייצוגית היא בגדר "החלטה אחרת", שיש צורך ברשות ערעור כדי לערער עליה. אמנם, אפשר לטעון שיש להפריד בין הבקשה לאישור תביעה ייצוגית לבין התביעה, והחלטת בית-המשפט בבקשה לאשר הגשת תביעה ייצוגית מסיימת את הדיון בבקשה, ולכן ניתן לערער על ההחלטה בזכות (בין אם היא מאשרת את הבקשה ובין אם היא דוחה אותה). הייתי דוחה טענה זו. לדעתי בקשה לאישור תביעה ייצוגית היא, מעצם טיבה, בקשת ביניים. אין לה זכות קיום עצמאית.

40. סעיף 54 לחוק נ"ע.

41. סעיף 54 ט לחוק נ"ע.

42. זוסמן, לעיל הערה 35, בע' 682-683.

כאשר בית-המשפט דוחה בקשה לאשר תביעה ייצוגית, נסגר בכך התיק, ולכן נתונה זכות ערעור על החלטה. אמנם, התובע רשאי להגיש תביעה בשמו הוא גם לאחר שבקשתו לאשר את תביעתו כתביעה ייצוגית נדחתה על-ידי בית-המשפט. אולם תביעתו האישית היא תביעה שונה ונפרדת מהתביעה הייצוגית שביקש להגיש. לפיכך, תובע זכאי להגיש ערעור בזכות על החלטתו של בית-המשפט המחוזי שדחתה את בקשתו להגיש תביעה ייצוגית, גם אם הוא ממשיך לנהל תביעה אישית באותו עניין.

### סמכותו של בית-המשפט לבטל או לשנות תנאים בהחלטה המאשרת תביעה כתביעה ייצוגית

אין כל הוראה בסוגיה שבנדון בחוק או בתקנות נ"ע. נראה לי, שיחול הדין הכללי. לכן, כיוון שהחלטה המאשרת תביעה כתביעה ייצוגית היא "החלטה אחרת" או החלטת ביניים, בית-המשפט מוסמך לשנותה במהלך המשפט. כך, למשל, אם בית-המשפט סבר וקבע שתביעה ייצוגית הוגשה בתום-לב, ומתברר לו במהלך הדיון שלא כך הוא, ו/או שהמשך התביעה הייצוגית לא יהא לתועלת הקבוצה, הוא מוסמך לבטל את האישור. הוא אף רשאי לפסול את התובע או את בא-כוח התובע מלהמשיך ולייצג את האינטרסים של הקבוצה, אם נפל פגם בתובע או בעורך-הדין, כגון שנתגלה ניגוד אינטרסים בין הקבוצה לבין לקוח של עורך-הדין. בית-המשפט גם רשאי לאפשר לחברים בקבוצה להשמיע דברם במהלך הדיון, אף אם לא קבע מתכונת לכך בהחלטה שאישרה את התביעה כתביעה ייצוגית. בית-המשפט רשאי לשנות את הגדרת הקבוצה במהלך המשפט. במקרה כזה עליו להורות על פרסום השינוי כדי לתת הזדמנות לאותם מעוניינים, שהשינוי בהגדרה ישנה את מעמדם, לצאת מהקבוצה.

מובן, שבתי-המשפט צריכים להיות זהירים מאוד בשימוש בסמכות כזו. ככל שהמשפט בשלב מתקדם יותר, בית-המשפט צריך לקמץ ידו יותר באישור שינויים בקבוצה.

ייתכן שיבוא בפני בית-המשפט מקרה שבו בית-המשפט יצטרך לשקול אם אמנם זכיה בתביעה תשרת את האינטרס האמיתי של הקבוצה, ואם הקבוצה היא הומוגנית בנושא הסעד, לא מבחינת מידתו (דבר שאינו נדרש) אלא לעניין יכולת החברה הנתבעת לשלם פיצויים לחברי הקבוצה, מבלי לפגוע אנושות בעסקיה. ייתכן, שמחזיק שמכר את מניותיו יהיה אדיש לגורלה של הנתבעת, אולם מחזיק שממשיך להתחזק בנייר הערך יעדיף ששווי מניותיו יעלה, על-פני קבלת פיצוי כספי חד-פעמי שיגרום לקריסת החברה ולאובדן השקעתו במניות החברה. בית-המשפט צריך לעקוב אחר האינטרסים של חברי הקבוצה, ולראות אם לא נוצרו בקיעים בקבוצה, במהלך המשפט.

והערה אחרונה: מחזיקים בניירות ערך אינם הקבוצה היחידה שראוי להגן על זכויות חבריה באמצעות תביעה ייצוגית. כך, למשל, קבוצה גדולה של צרכנים שקנו מצרך פגום ראויה לשמירת זכויות החברים בה בדרך של תביעה ייצוגית, לא פחות ממחזיקים בניירות ערך. מרבית הנימוקים והכללים שתיארתי בדברי לעיל נכונים לגבי כל קבוצה גדולה של אנשים שלחבריה יש עניין משותף באותה תביעה.

יש מקום וצורך להסדיר את הנושא של תביעה ייצוגית במשפט האזרחי בחוק

הפרקליט מ.ב. חוברת ג

תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך

מיוחד. אם וכאשר כך יהיה, יהיה מקום להשאיר בחוק נ"ע רק הוראות המיוחדות לתביעה ייצוגית של מחזיקים בניירות ערך, כתוספת או כחלופה להסדר החוקי הכללי.

כך, למשל, נחקק תיקון לחוק הגנת הצרכן, התשנ"ד-1994. פרק ו' לחוק מאפשר לצרכן, או לארגון צרכנים שאישר שר המשפטים, להגיש לבית המשפט תובענה בשם קבוצת צרכנים. לצורך תיקון החוק ולמען הפשטות והיעילות אומצו הסדרים שנקבעו לעניין תביעה ייצוגית בחוק ניירות ערך.