מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש*

מאת

סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון*****

בשנת 1999 נחקק חוק החברות החדש, שהביא בשורות חדשות למשפטנו. סוגיות רבות בדיני החברות התחדדו והובהרו, וסוגיות אחרות שהיו עד אז חלק מהדין הנוהג ומההלכה הפסוקה עוגנו בחקיקה ראשית מפורטת. חקיקתו של חוק זה זימנה למחוקק הזדמנות פז לבטא את השקפותיו בנושאים שונים, בין היתר בתחום התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת. במאמר זה עמדה לנגד עינינו המטרה להאיר ולבחון את החידושים בשני תחומים אלה. מעיון בפרקים הרלבנטיים בחוק החברות ניתן ללמוד רבות על הלך הרוח ועל כוונת המחוקק בנוגע לתובענות הייצוגיות ולתביעות הנגזרות; עם זאת שאלות רבות נותרו בלתי־פתורות או שפתרונן לוקה, לעניות דעתנו, בחסר. במאמר זה ניסינו להציע את ההתייחסות הראויה לדידנו לנושאים אלה ולהשוותה למצוי בחוק.

בתחום התובענות הייצוגיות סקרנו, בין היתר, את הזכאות להגשת תובענה ייצוגית ואת התנאים לאישורה כייצוגית, את חובת יידוע היועץ המשפטי לממשלה ורשות ניירות ערך בדבר הגשת תובענה ייצוגית, את האגרה בהליך ייצוג קבוצתי ואת שאלת הוצאות הנתבע בהליך ייצוגי שכשל. בתחום התביעה הנגזרת נבחנו שאלת גמולו של התובע, שאלת החיוב בהוצאות התובע והחברה במקרה של הצלחת הליך ושאלת החיוב בהוצאות הנתבע והחברה כאשר ההליך נכשל.

ככל הידוע לנו, עד למועד כתיבת מאמר זה לא עמדו הסוגיות הנדונות במבחן הפסיקה. נותר לצפות ולראות כיצד יתמודדו בתי המשפט עם שאלות אלה, וכיצד – ואולי: האם – יגיב המחוקק בבוא היום לטענות המועלות במאמר זה.

א. מבוא. ב. התובענה הייצוגית בחוק החברות החדש. 1. המינוח; 2. מי רשאי להגיש תובענה ייצוגית על פי חוק החברות?; 3. אישור התובענה כייצוגית; (א) תנאי הסף להגשת תובענה ייצוגית; (ב) באיזו מידה יש לשכנע את בית המשפט בקיומם של תנאי הסף? 4. חובת היידוע; 5. האגרה בהליך ייצוג קבוצתי;

* מאמר זה הוא פיתוח של הרצאה שנשא פרופ' סטיבן גולדשטיין ביום העיון "חוק החברות החדש – המהפכה הבאה?" שהתקיים באוניברסיטה העברית מטעם מערכת **משפטים** ביום 30.6.1999 לזכרו של פרופ' אהרן יזרן ז"ל.

** פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

*** עורכת דין.

nevo.co.il

6. הוצאות ההליך; (א) הוצאות המשפט בתובענה ייצוגית שלא צלחה; (ב) ערובה להוצאות הנתבע; ג. התביעה הנגזרת בחוק החברות החדש. 1. גמול לתובע; 2. ההוצאות בתביעה נגזרת; (א) חיוב בהוצאות כאשר התובע הנגזר זוכה בדין; (ב) חיוב בהוצאות כאשר התביעה הנגזרת נכשלת; ד. אחרית דבר.

א. מבוא

לאחרונה[1] נכנס לתוקפו חוק החברות, התשנ"ט–1999. החוק החדש מבשר עידן חדש בדיני החברות ומביא עמו שינויים וחידושים רבים בתחום. רבות נכתב ובוודאי עוד ייכתב אודות חוק זה, אולם אנו בחרנו להתמקד בחיבורנו זה בשני מכשירים דיוניים שנכללו בו – התובעה הייצוגית והתביעה הנגזרת.[2] בין שני כלים אלו קיים דמיון רב המצדיק, לדעתנו, דיון משותף בהם. נסקור כל אחד מהם בנפרד, על מאפייניו וכלליו הייחודיים, וכן נשווה ביניהם בנקודותיהם המשיקות. נוסף על סקירה זו, לא חסכנו משבט ביקורתנו בסוגיות שלטעמנו לא הוסדרו כדבעי. על אף שלחקיקתו של חוק החברות קדמה מלאכת מחשבת ועבודת מחקר מעמיקה, לא אחת מבטאת התוצאה הסופית, לדעתנו, פשרה בלתי־מספקת. מלבד סקירה ופרשנות של הוראות החוק הרלבנטיות נשתדל להביא ברשימה זו גם הצעות לשיפור השימוש במכשירים דיוניים חשובים אלו, בתקווה כי ביום מן הימים ישכיל המחוקק לאמץ את הצעותינו בתיקון לחקיקה. עד אז, אנו מזמינים את בתי המשפט הנקראים לדון בסוגיות הנסקרות כאן לשקול את הפרשנויות השונות שאנו מציעים במאמר זה.

ב. התובענה הייצוגית בחוק החברות החדש

1. המינוח

בפתח דברינו חשים אנו חובה להבהיר נקודה – אמנם שולית בחשיבותה אך נדרשת, לטעמנו, למען הסדר הטוב. מדובר בהערה טרמינולוגית שמזה זמן מה דורשת התייחסות: מהו שמו העברי של ההליך שמקורו בארצות־הברית, המכונה שם class action?

המושג "תביעת ייצוג קבוצתית" הוצע לראשונה על ידי פרופ' סטיבן גולדשטיין במאמרו "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?"[3] כתרגום לעברית של המושג

1 בתאריך 1.2.2000.

2 רקע תיאורטי אודות מכשירים אלה ניתן למצוא למכביר בספרות ובכתיבה האקדמית. בנושא התובענה הייצוגית ראו, למשל, סטיבן גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?", **משפטים** ט 416 (תשל"ט). בנושא התביעה הנגזרת ראו, למשל, סטיבן גולדשטיין, "תביעה נגזרת: דרכי פתיחתה וניהולה", **משפטים** יד 48 (תשמ"ד).

3 ראו הערה 2 לעיל.

nevo.co.il

האמריקני class action. ברם, נראה כי הביטוי לא נקלט כהלכה בעגה המשפטית בארץ, ועד מהרה הוחלף בביטוי השגור יותר "תובענה ייצוגית", או "תביעה ייצוגית". דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בהצעת חוק החברות.[4] שם אמנם הוכתר סימן ב' להצעת החוק בכותרת "תביעת ייצוג קבוצתית" (אם כי לא כך הופיע המונח בגוף הסעיפים עצמם), אולם בנוסח החוק הסופי אנו מוצאים את הביטוי הנפוץ יותר – "תובענה ייצוגית".

ניתן אולי לייחס מונחים שגורים אלו לתרגום המונח האנגלי representative action, המכתיר את הסעיף במשפט האנגלי המקביל לתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984. לטעמנו, ייתכן כי המינוח השגור עלול לשקף שלא במדויק את משמעות הביטוי. השם "תובענה ייצוגית" להליך מסוג זה הוא שם כוללני מדי, ועל כן מחטיא מעט את כוונתו הייחודית. למעשה, כל תביעה המנוהלת על ידי נציג יכולה להיכנס להגדרה של תובענה ייצוגית. לעומת זאת, כאשר מדובר בנציג של קבוצת נפגעים ראוי היה, לעניות דעתנו, לציין כי תביעת הייצוג היא קבוצתית. יש לזכור כי המטרה בהצעת המונח "תביעת ייצוג קבוצתית" הייתה לתרגם את המונח class action, המדגיש חד־משמעית את היותו של ההליך קבוצתי במהותו, ולאו דווקא ייצוגי.[5]

עם זאת, יש לזכור שמדובר בטרמינולוגיה בלבד. חשיבות רבה יש לייחס גם לנוחות השימוש בשפה המשפטית. אם הוחלף הביטוי המקורי שהוצע על ידי פרופ' גולדשטיין באחר – היו לכך ודאי סיבות מוצדקות. כל עוד הביטוי מובן כהלכה למשתמשים בו, וכל עוד ההליך עצמו בא לידי ביטוי בפועל – דיינו!

2. מי רשאי להגיש תובענה ייצוגית על פי חוק החברות?

נראה כי בחוק החברות צעד המחוקק בכיוון המבורך של הרחבת הפתח להגשת תובענות ייצוגיות, בהרחיבו את קשת העילות שלפיהן ניתן לתבוע בהליך זה. אולם, לצערנו היה זה צעד קטן מדי, שבפועל רק הנציח את המגמה המוטעית, לעניות דעתנו, של חקיקה נקודתית – מגמה שעליה עמדנו בהרחבה במאמרנו הקודם.[6]

סעיף 207(ב) לחוק החברות מגדיר את קבוצת הזכאים להגיש תובענה ייצוגית כנציגי הקבוצה הנפגעת בזו הלשון:

> מי שלו עילת תביעה על פי כל דין הנובעת מזיקה לנייר ערך, רשאי לתבוע באישור בית המשפט... בשם קבוצה שלכל אחד מן הנמנים עמה עילת תביעה הנובעת מאותה זיקה לנייר ערך.

לפי הוראת הסעיף, ניתן להגיש תובענה ייצוגית על פי חוק החברות רק בקשר

4 הצעת חוק החברות, התשנ"ו–1995, ה"ח 2432, 2.

5 ייתכן שביטוי קצר יותר היה "תופס" טוב יותר: אולי "תביעה קבוצתית", "תביעה מגזרית" או דבר מה כגון אלה.

6 סטיבן גולדשטיין ויעל עפרון, "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל", עלי משפט – כרך ביכורים 27 (תש"ס).

nevo.co.il

לניירות ערך. אמנם עילת התביעה יכולה לצמוח מכל דין – עילה חוזית, נזיקית, עשיית עושר ולא במשפט ואולי אפילו מנהלית (ובכך בא לידי ביטוי הצעד שהוזכר לעיל בכיוון הרחבת השימוש בהליך התובענה הייצוגית במסגרת חוק החברות) – אך היא חייבת לנבוע מזיקה מוגדרת לנייר ערך. תובעים בתביעה שבה מעורבים שותפויות, עמותות ותאגידים נוספים שאין בהם שימוש במניות או בניירות ערך אחרים צריכים לפנות לדברי חקיקה אחרים המאפשרים להגיש תובענות ייצוגיות,[7] בהתאם לתחום שבו עוסקת התביעה; כלומר: על אף שהסעיף מופיע בחוק החברות, מטרתו של סימן ב' בפרק השלישי לחוק, המעגן את הסדר התובענה הייצוגית, היא פשוט להחליף את פרק ט'1 בחוק ניירות ערך, תשכ"ח–1968, ולאו דווקא לייצר מסלול חקיקתי נוסף שבאמצעותו ניתן להביא תביעה ייצוגית בפני בית המשפט. פעם נוספת באה לידי ביטוי מגמת המחוקק להסדיר את האפשרות להגיש תובענה ייצוגית בחוקים נפרדים וספציפיים, ולא ליצור הסדר כולל שיחלוש ויסדיר את השימוש בכלי זה בכל ענפי המשפט.[8]

בהחליפו את ההסדר שבחוק ניירות ערך, הנוסח המוצע בחוק החברות פותר מראש מחלוקת אפשרית, שעליה עמדנו במאמרנו הקודם לגבי פירוש המונח "על פי דין" המופיע בחוק ניירות ערך, ומציע הסדר כולל יותר. מחד גיסא, אנו מוצאים מגמת הרחבה: העילה עשויה לצמוח מכל דין, ובמפורש לא מחוק החברות בלבד; כמו כן, חברי הקבוצה התובעים לא חייבים להחזיק בנייר ערך (כפי שנדרש בעבר[9]). חוק החברות מאפשר גם למי שנייר הערך כבר לא בידיו לתבוע (למשל, מי שכבר מכר את נייר הערך ונפגע מעסקת המכר). אנו, מצדנו, מברכים על המגמה להרחיב את השער שבו יכולות להיכנס תובענות ייצוגיות, מגמה שבה תמכנו אף בעבר. מאידך גיסא, הנוסח שבחוק החברות עדיין נאמן לעיקרון השולט של הסדרים ספציפיים – כל חוק והמאטריה שלו – ואינו מהווה עדיין את ההסדר הכולל המיוחל שעליו המלצנו במאמרים קודמים.

הסיפא של סעיף 207(ב) לחוק החברות מגביל את חברי הקבוצה באופן מפורש, בדרישה שכולם יהיו בעלי אותה זיקה לנייר הערך. הזיקה עצמה מוגדרת בסעיף 207(א) לחוק כדלקמן:

> בסימן זה, "זיקה" – בעלות, החזקה, רכישה ומכירה.

כלומר: לצורך הגשת תובענה ייצוגית, החוק דורש קבוצת תובעים הומוגנית – רק בעלים, רק מחזיקים, רק רוכשים או רק מוכרים. לכאורה, הסיבה ברורה ומעוגנת היטב בהיסטוריה של החקיקה והפסיקה בתחום התובענות הייצוגיות.[10] הצורך לנהל ביעילות

7 ראו, למשל, חוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981; חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981; החוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב–1992; חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א–1981.

8 ראו את העיגון למגמה זו והביקורת שהבענו על כך במאמרנו "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל", הערה 6 לעיל, בעמ' 34–43.

9 בסעיף 54א(א) לחוק ניירות ערך.

10 ראו סטיבן גולדשטיין ואורה שמלץ, פיתוח שיטת תביעות־ייצוג־קבוצתיות כמגן לצרכנים – דין

nevo.co.il

מאות ואולי אלפי תביעות במסגרת שיפוטית אחת מחייב, ובצדק כמובן, שלכל חברי הקבוצה יהיה סעד משותף ועילה משותפת. ייתכן שרציונל זה עומד גם בבסיס דרישתו של סעיף 207(ב) לזיקה אחידה של כל חברי הקבוצה לנייר הערך.

כביכול, כאשר הזיקה משותפת, הגיוני לסבור כי גם העילה משותפת ואף הסעד המבוקש משותף. מאידך גיסא, ייתכן שכאשר מדובר במאטריה משפטית העוסקת במסמכים סחירים, המשנים בעלים ומחזיקים ללא הרף והם נשוא פופולרי למכירות ורכישות, הרי שדווקא בתחום שכזה הרציונל של יעילות ניהול התביעות לא יוגשם באמצעות הדרישה לזיקה אחידה. 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 בה אותו סעד.

מטרתה של הגבלה זו, בדבר אחידות הזיקה, תמוהה בעינינו גם בשל קיומו של סעיף 210(א)(2) לחוק החברות, שלפיו נדרש כי –

> שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה.

הרי ממילא, כתנאי לאישור הגשת תובענה ייצוגית, דורש חוק החברות אחידות עילה בקרב חברי הקבוצה כדי שבירור המחלוקת יהיה יעיל. מדוע אפוא הגביל המחוקק את חברי הקבוצה מבחינת זיקתם לנייר הערך? דרישה זו – של סעיף 207(ב) סיפא – מצמצמת, לטעמנו, יתר על המידה את האפשרות של תובעים לגיטימיים להיכלל בקבוצת התובעים, על אף היותם בעלי עילה זהה ואך משום שזיקתם לנייר הערך שונה.

3. אישור התובענה כייצוגית

כנדרש בכל החוקים המאפשרים הליך זה, גם על פי חוק החברות נדרש התובע הנציג לאישורו של בית המשפט בכדי להגיש תובענה ייצוגית. לפיכך עולות בהקשר של חוק החברות שתי שאלות הקשורות וכרוכות זו בזו. השאלה הראשונה היא מהם אותם תנאי סף שבהתקיימם ייתן בית המשפט את אישורו להגשת תובענה כייצוגית; והשאלה השנייה היא שאלת המידה שבה צריך הנציג התובע לשכנע את בית המשפט בקיומם של תנאים אלו. שאלות אלה – כל אחת בפני עצמה ושתיהן במשולב – מעוררות כמה סוגיות המצריכות דיון.

וחשבון למועצה הישראלית לצרכנות 78 (תשל"ח); גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?", הערה 2 לעיל; סטיבן גולדשטיין, "עוד בעניין תביעת־ייצוג־קבוצתית – ההתפתחות במשפט האנגלי", משפטים יא 435 (תשמ"א) (להלן: גולדשטיין, "עוד בעניין תביעת־ייצוג־קבוצתית"); וכן גולדשטיין ועפרון, הערה 6 לעיל.

nevo.co.il

תנאי הסף לאישור הגשתה של תובענה ייצוגית על פי חוק החברות ומידת השכנוע הדרושה לגבי קיומם מפורטים בסעיף 210 כדלהלן:

(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם מצא כי, לכאורה, נתקיימו כל התנאים האלה:
(1) נתקיימו יסודות העילה, ומקום שיסוד מיסודות העילה הוא נזק, די בכך שהתובע הראה לכאורה, לעניין הנזק, את נזקו הוא;
(2) שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה;
(3) התובענה הייצוגית היא הדרך המתאימה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין בשים לב, בין היתר, לגודלה של הקבוצה;
(4) ענינם של כל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת בידי התובע; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על ההחלטה בעניין זה.
(ב) בית המשפט לא יאשר את התובענה הייצוגית אם מצא כי התובענה הוגשה בחוסר תום לב.

הבה נדון בשתי השאלות שהצגנו לעיל לפי סדרן.

(א) תנאי הסף להגשת תובענה ייצוגית

סעיף 210 שצוטט לעיל מפרט כמה תנאים ברורים: קיום יסודות העילה (ולו לכאורה), ואם אחד מהם הוא נזק – די להראות את קיומו לכאורה של נזק אישי; קיומן של שאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה; הצדקה לבחירת המסלול הייצוגי (למשל, מספר חברי הקבוצה); נציג ראוי ותום לב בהגשת התובענה. אולם, האם בצד תנאים מפורשים אלו ניתן לקרוא בין השיטין תנאים נוספים? וליתר דיוק: האם בבואו של בית המשפט לאשר הגשת התובענה כייצוגית עליו לבחון את טיב העילה?

הנוסח הסופי של חוק החברות יצר בעיה חדשה בעניין **בדיקת טיב העילה**. במאמרנו הקודם[11] דנו בסוגייה בדבר "ייבוא" הדרישה לסיכויי התביעה להצליח מחוק ניירות ערך אל חוק הגנת הצרכן על ידי השופטת שטרסברג־כהן. על אף שהסכמנו בפה מלא עם הרציונל העומד מאחורי מהלך זה – מניעת הנזק הנובע לנתבע מעצם הגשת בקשה לתובענה ייצוגית, אפילו עוד בטרם התבררה במשפט, במקרים שבהם אין בה ממש – הבענו ביקורת על כך שמדובר היה בחקיקה שיפוטית טהורה, שעמדה באופן מובהק בניגוד להיסטוריה החקיקתית של חוק הגנת הצרכן. מבחינה זו מקל סעיף 210(א)(1) לחוק החברות עם תומכי הגישה המגִנה על אינטרס הנתבע, משום שהוא מאפשר לבית

11 גולדשטיין ועפרון, הערה 6 לעיל, בעמ' 43.

nevo.co.il

המשפט לבדוק אם יש יסוד לתביעה, ובכך למנוע הגשת בקשות סרק שאינן ראויות להתברר כתובענות ייצוגיות, אולם עצם הגשתן עלולה לפגוע קשות בארגון הנתבע.

עם זאת, במבט ביקורתי ניתן לראות כי מבחן התקיימות יסודות העילה של סעיף 210(א)(1) אינו פותר באופן מוחלט את הדיון בשאלה האם סיכויים טובים להצלחת התביעה מהווים תנאי לאישור הגשתה כתובענה ייצוגית. התשובה אינה חד־משמעית, ולהלן נביא תימוכין גם לדעה שלפיה אין טיבה של עילת התביעה מהווה שיקול לאישורה כתובענה ייצוגית על פי חוק החברות.

ראשית, יש לתת את הדעת להבדל בין סעיף 254ב(1) לחוק ניירות ערך לבין סעיף 210(א)(2) לחוק החברות. סעיף 254ב(1) לחוק ניירות ערך קובע, כדלהלן:

> ...וקיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרעו בתובענה **לטובת הקבוצה**. (ההדגשה הוספה).

לעומתו קובע סעיף 210(א)(2) לחוק החברות כדלקמן:

> שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו בתובענה.

על רקע הדמיון בין שני הסעיפים לא ניתן להתעלם מההבדל המשמעותי: בחוק החברות הושמטה הדרישה כי נראה לבית המשפט שיש סיכוי סביר שתתקבל תביעתה של הקבוצה. בהחלט ייתכן שניתן ללמוד מכך על כוונתו המפורשת של המחוקק להסיר את הדרישה לבדיקת טיב העילה. בין הסבורים כי אמנם מדובר בהסדר שלילי מנוי, למשל, ד"ר זוהר גושן.[12] אנו, עם כל הכבוד, חולקים על דעתו.

ראשית, עמדנו בעבר על הטענה כי הוראת המחוקק לבית המשפט לבצע בדיקה טרומית של טיב העילה אינה מחייבת ניסוח מילולי מפורש ואף לא אחיד של המבחן, ודי בשימוש בביטוי המצביע על כוונה זו. בפסיקה ובחקיקה שגורים ביטויים המבטאים את מבחן טיב העילה, בין היתר – קיומו של "יסוד" לה.[13] ביטוי זה אכן מופיע בסעיף 210(א)(1) לחוק החברות, ולפיכך עשוי להצביע על כוונת המחוקק לבחון את טיב עילת התביעה בטרם יאשרה כייצוגית.

נוסף על כך, בהחלט ניתן לקרוא את הסעיף ללא קשר לסעיף 254ב(1) לחוק ניירות ערך. ייתכן שמטרת סעיף 210(א)(2) היא להציב תנאי של אחידות אינטרסים בקרב חברי הקבוצה – תנאי שנועד לוודא כי יש תועלת בבירור המחלוקת בדרך של תובענה ייצוגית. עם זאת, יש להודות כי הסבר שכזה מציג את הסעיף כמיותר, בהתחשב בסעיף 210(א)(3) לחוק, הקובע את התנאי הבא:

12 זוהר גושן, "מבט ביקורתי על חוק החברות החדש: תכלית החברה, הצעות רכש והתובענה הייצוגית", **משפטים לב** 381, 413 (תשס"ב).

13 גולדשטיין, "תביעה נגזרת: דרכי פתיחתה וניהולה", הערה 2 לעיל, בעמ' 48, 64.

nevo.co.il

התובענה הייצוגית היא הדרך המתאימה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין...

שהרי עצם הרציונל שבבסיס התובענה הייצוגית הוא לקבץ תחת הליך אחד קבוצת מעוניינים בעלי אינטרס משותף ולהימנע מניהול מספר רב של תביעות דומות. לא זו אף זו: האינטרס המשותף הוא המגבש את הקבוצה ומאפשר התאגדות תחת הליך חסכוני יותר מבחינה מערכתית, לעתים אף צודק יותר מבחינת האזרח הקטן – ועל כן מתאים יותר להתברר בדרך של תובענה ייצוגית.

קיומו של מבחן הבודק את סיכויי התביעה להצליח, כתנאי להגשת תובענה ייצוגית, מוטל בספק מסיבה אחת נוספת. אפילו אם מתקיימים יסודות העילה, כנדרש בסעיף 210(א)(1) לחוק החברות, הרי שתיתכן הגנה מוצקה וטובה לנתבע שתסכל את הצלחת התביעה, כלומר: אין בהכרח חפיפה בין קיומם – לכאורה לפחות – של יסודות העילה לבין סיכוייה להתקבל בסופו של ההליך השיפוטי. היינו: הדרישה – כפי שהיא מנוסחת בחוק החברות – מותירה "חורים" גדולים מדי במסננת של בית המשפט, שנועדה להגן על אינטרס הנתבע במקרים שבהם התביעה כנגדו אינה מוצדקת.

אף על פי כן, נראה לנו כי עצם הכללתו של התנאי בדבר קיום יסודות העילה בין תנאי הסף לאישור הגשת תובענה ייצוגית, מצביעה על כוונת המחוקק להוסיף בכל זאת מחסום נוסף מעבר למחסומים הרגילים בתקנות סדר הדין האזרחי, אלה העומדים בפני כל תביעה. תקנות אלו כבר הסמיכו את בית המשפט למחוק תובענות שאינן מגלות עילת תביעה[14] אף ביוזמתו.[15] אם כך – מדוע לחזור על דרישה זו אם אין בה משום חידוש כלשהו?

לדידנו, ההסבר נעוץ במידה שבה נכנס בית המשפט לעובי הקורה בשאלת קיום יסודות העילה. המבחן המנחה את בית המשפט באשר להפעלת תקנה 100 לתקנות סדר הדין האזרחי הוא כי אין למחוק תובענה על הסף, אלא אם אין כל סיכוי, אף לא קלוש, שהיא תתקבל.[16] נראה, כי לאור הפוטנציאל העצום לפגיעה בנתבע במקרה שהתביעה תנוהל כתובענה ייצוגית ותיכשל – בעיקר הנזק למוניטין, אך גם העלויות של חשיפה ממושכת לסיכון של הפסדי עתק – בתי המשפט יקפידו בבואם להחליט איזה בקשות יאושרו כתובענות ייצוגיות ואיזה לא יותר מאשר בבואם להחליט אם למחוק תביעה רגילה על הסף בהעדר עילה. סביר להניח כי יותר תביעות רגילות "ייהנו מהספק" ולא יימחקו על הסף, ואילו במקרה של תובענות ייצוגיות – ספק בדבר קיומם של יסודות התביעה בבקשות מסוימות להגשת תובענה ייצוגית יובילן אל מחוץ למסלול הייצוגי.

לסיכום רעיון זה נראה, כי מבחן בדיקת סיכויי התביעה להצליח אינו מופיע באופן מפורש בחוק החברות, כפי שהוא מופיע בחוק ניירות ערך, וחבל שכך. לצערנו, מצב

14 תקנה 100(1).

15 ע"א 109/84 ורבר נ' אורדן, פ"ד מא(1) 580.

16 ראו למשל ע"א 76/86 ויינשטיין נ' ה.ש. מלונות, פ"ד מג(3) 128.

nevo.co.il

זה עלול להתפרש כפתיחת פתח רחב מדי לבקשות סרק שאינן ראויות להתברר כתובענות ייצוגיות, תביעות שסופן להיכשל – אך לא לפני שייסבו נזק עצום, ולעתים בלתי־הפיך, לנתבע התמים. עם זאת, אנו סבורים כי לאור הרציונלים העומדים בבסיסו של מבחן טיב העילה, ולאור העובדה שדרישה זו נכללה במפורש בחוקים נוספים,[17] ובצירוף העובדה שלשון חוק החברות מאפשרת זאת ולו במשתמע – יש מקום לקרוא לתוך סעיף 210(א)(1) לחוק החברות כוונה של בחינת טיב העילה כתנאי סף להגשת תובענה ייצוגית. בית המשפט העליון עשה זאת ברע"א 6567/97 **בזק נ' עזבון גת**,[18] לגבי חוק הגנת הצרכן, שבו אין ולו זכר לתנאי של בדיקת העילה. קל וחומר שראוי לעשות זאת בחוק החברות, שממילא מפנה אל יסודות העילה ומורה על בחינתם עוד בטרם החל המשפט. לא נותר לנו אלא להצטער על כך שהמחוקק בחר שלא לעשות זאת באופן מפורש.

(ב) באיזו מידה יש לשכנע את בית המשפט בקיומם של תנאי הסף?

בחוק ניירות ערך מצווה בית המשפט לפסול בקשה להגשת תובענה ייצוגית אם לא שוכנע כי נתקיימו התנאים שבסעיף 54ב. שאלת מידת השכנוע בקיומם של תנאי הסף להגשת תביעה על פי חוק ניירות ערך נדונה בכמה פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים מבלי שהתקבל לגביה פתרון ברור. היו שדרשו "סיכויים טובים", אחרים הסתפקו ב"סיכויים סבירים", והיו אף שהאמינו כי נדרשת "מידת שכנוע גדולה מזו הדרושה למבקש סעד לצו ארעי".[19] השופטת שטרסברג־כהן הביעה את עמדתה בסוגייה בפסק הדין בעניין מגן וקשת. שם אמנם היא נדרשה לשאלה בנוגע לסעיף 54א ולא בנוגע לסעיף 54ב, אולם דבריה הבאים מייתרים הבחנה זו:

> נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיפים 54א ו־54ב מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחיד לגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה, ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה אחר כל דרישות סעיף 54א... אין להעמיד דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע, משום שאלה עלולות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאלים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים

17 סעיף 54ב(1) לחוק ניירות ערך; סעיף 46ב(2) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988; סעיף 16ב(א)(2) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); סעיף 62ב(2) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח.

18 פ"ד נב(2) 713.

19 הדוגמאות מופיעות בע"א 2967/95 **מגן וקשת נ' טמפו**, פ"ד נא(2) 312, 329.

nevo.co.il

מהתובע הייצוגי, שמצד אחד לא יפטור אותו מחובת השכנוע, ומצד אחר לא יטיל עליו נטל כבד מדי.[20]

על אף שנראה כי כוונתה הייתה לאפשר שימוש מקל יחסית בכלי הדיוני של תובענות ייצוגיות, הסתייגה השופטת שטרסברג־כהן בפסק דינה מפסיקת השופט שדן בערכאה הראשונה, כי "המבקשים לא הוכיחו אף לכאורה את זכותם באם תוכח מסכת העובדות שפרטו בכתב תביעתם לקבלת הסעד המבוקש",[21] וסברה כי מדובר בקביעה המקלה יתר על המידה עם התובעים. השופטת שטרסברג־כהן סברה, אם כן, כי אין להעמיד את המבקש להגיש תובענה ייצוגית בשורה אחת עם כל תובע רגיל שמבקשים לדחות על הסף את תביעתו, אלא יש להחמיר עמו יותר.[22]

אל נוכח מגמת הזהירות שנקטו בתי המשפט במשך השנים, שעליה עמדנו במאמרנו הקודם, טבעי היה לצפות כי יקנו למושג השכנוע משמעות של מידת ודאות גבוהה יחסית. זו גם הגישה שבאה לידי ביטוי בהצעת חוק החברות, שם למעשה הועתק סעיף 254ב לחוק ניירות ערך אל סעיף 248 בהצעת החוק. לעומת זאת, הנוסח הסופי של חוק החברות הגדיר מחדש ובאופן מפורש את מידת הודאות הנדרשת, והציב אותה – בניגוד לעמדת בית המשפט העליון – על רף ה"לכאוריות". נראה, אם כן, כי בכך העדיף המחוקק לאפשר פתיחת פתח רחב יותר מבעבר להגשת תובענות ייצוגיות במסגרת חוק החברות. לטעמנו, בחירה זו מבורכת.

4. חובת היידוע

חוק החברות מחייב את מגיש התובענה הייצוגית להודיע על הגשת תביעתו ליועץ המשפטי לממשלה ולרשות ניירות ערך כאשר מדובר בניירות ערך של חברה ציבורית.[23] דרישת היידוע אינה ייחודית לחוק החברות, והיא מופיעה בצורות שונות ובנוסחים שונים גם בחוקים אחרים המאפשרים הגשת תובענה ייצוגית.[24]

יש לציין, כי בהצעת החוק לא הופיעה דרישה זו, אולם היא נוספה בנוסח הסופי של חוק החברות. מדובר באותו הסדר המופיע בפרק ט1 לחוק ניירות ערך. במאמרנו הקודם[25] התייחסנו לסוגיית המימון על ידי רשות ניירות ערך לפי הקריטריון של "סיכוי סביר שביר המשפט יאשר את התביעה כייצוגית". עם זאת, מעבר לשאלת המימון לא

20 שם, בעמ' 330–331 (ההדגשות הוספו).

21 שם, בעמ' 330 (ההדגשה הוספה).

22 שם, בעמ' 331.

23 סעיף 208.

24 ראו, למשל, סעיף 153 לחוק הגנת הצרכן; סעיף 46ה(א) לחוק ההגבלים עסקיים; וכן סעיף 5 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות) לגבי חובת ההודעה בדבר המפגע לגורם המפגע ולשר לאיכות הסביבה (או מי שהוסמך על ידו), עוד בטרם הגשת תביעה.

25 גולדשטיין ועפרון, הערה 6 לעיל, בעמ' 44.

nevo.co.il

הקדשנו מחשבה לשאלה המתבקשת – מה על הרשות לעשות עם אותה הודעה? לסוגייה זו נקדיש פרק זה.

מעמדם של המיודעים אינו מוסדר באופן ברור בחוק החברות, כפי שלא הובהר בחוק ניירות ערך. את הסברנו לגבי מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה הצענו במאמרנו הקודם, שם הסתמכנו על חקיקה חיצונית המאפשרת לו להתייצב בהליך.[26] לגבי מעמד רשות ניירות ערך, יש לציין כי אמנם שני החוקים מאפשרים לה ליטול חלק במימון התביעה וכן לזכות בשיפוי על הוצאותיה, אולם לא ברור אם הדבר מאפשר לנציגים מטעמה להתערב בניהול התביעה; למשל, להתייצב ולטעון בה.

בחוק ההגבלים העסקיים, שם חלה על התובע בתביעה ייצוגית חובת הודעה ליועץ המשפטי לממשלה ולממונה על ההגבלים העסקיים, קיים סעיף מפורש[27] המסמיך את שר המשפטים לקבוע תקנות שיסדירו את שמיעת עמדתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל הממונה. ואמנם, תקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט–1988 מחייבות את הזמנתו של הממונה לכל דיוני בית הדין להגבלים עסקיים, והוא רשאי להביע את עמדתו בכל שלב של הדיון.[28]

עינינו הרואות, אם כן, שקיימים חוקים שבהם יש לנציג הרשות האחראית תפקיד פעיל, המוסדר ומוגדר במפורש בחקיקה.[29] אם כך, מדוע נמנע המחוקק מהסדרה כזו גם בהקשר של רשות ניירות ערך? ייתכן שיש לראות בכך הסדר שלילי, ולהסיק כי סמכויותיה של רשות ניירות ערך מסתכמות בהיבטים המימוניים של התביעה; אך קשה להאמין כי רשות כלשהי תסכים לממן הליך שאין לה כל אפשרות להשפיע על מהלכיו. הלא כבר נאמר כי "בעל המאה הוא בעל הדעה"; מכאן ניתן אולי להסיק – והעוסקים בנושא זה בפרקטיקה יוכלו לאשש או להפריך הנחה זו – כי בפועל גם רשות ניירות ערך משפיעה על מהלכי התובענה הייצוגית, ולו מאחורי הקלעים.

עם זאת, תהיה השפעת הרשות מאחורי הקלעים אשר תהיה, לפחות על בימת אולם המשפט טרחו השופטים להבהיר כי אין קשר בין סירוב הרשות לממן את ההליך לבין החלטת בית המשפט לגבי אישור הגשתה של תובענה ייצוגית. כך על פי דבריה של השופטת שטרסברג־כהן בפסק הדין בעניין דיסקונט:

> אשר להסדר המצוי בחוק בדבר מימון אפשרי על ידי רשות ניירות ערך, לא ניתן לקבוע קורלציה בין החלטתה של הרשות על סמך נימוקים הנשקלים על ידה, להחלטתו של בית המשפט. יכול ותביעה שאיננה

26 סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].

27 סעיף 46ה(א).

28 תקנה 23.

29 אם כי ראוי לציין שלא בכל חוק המאפשר הגשת תובענה ייצוגית מופיע הסדר שכזה. על פי חוק הגנת הצרכן, למשל, קיימת חובה להודיע על הגשת התביעה הייצוגית ליועץ המשפטי לממשלה בלבד, וזאת על אף שהחוק יצר רשות אחראית בסעיף 19, הלא הוא הממונה על הגנת הצרכן.

nevo.co.il

נראית בעיני הרשות כמצדיקה את מימונה, תראה בעיני בית המשפט כתביעה הראויה להישמע ותינתן הרשות להגישה.[30]

שאלה נוספת מתבקשת בנוגע לחובת ההודעה לגופים שונים בדבר הגשת התובענה הייצוגית. אם אכן נועד סימן ב' בפרק השלישי בחוק החברות להחליף את פרק ט'1 לחוק ניירות ערך, עלינו להשוות את סעיף 208 לחוק החברות עם מקבילו – סעיף 154 לחוק ניירות ערך. עיון השוואתי מגלה כי בגרסה החדשה הושמטה הדרישה להודיע לבורסה שבה רשום נייר הערך למסחר. כמו יתר הגופים שהתובע נדרש למסור להם הודעה לפי סעיף 154 לחוק ניירות ערך, גם תפקידה של הבורסה בהליך אינו ברור; אך להבדיל מהמעט שכן מוסדר בנוגע ליועץ המשפטי לממשלה ולרשות ניירות ערך, אין הבורסה מופיעה במקום נוסף כלשהו בפרק ט'1 לחוק ניירות ערך או בתקנות שנחקקו לפיו. נראה, שתפקידה המקורי של דרישת ההודעה לבורסה היה להכין אותה לתנודות המסחר הצפויות מפרסום הגשתה של תובענה ייצוגית בקשר לנייר הערך נשוא התובענה; אולם ההוראה נשארה כאות מתה בחוק, ואף אם הקפידו מגישי התובענות הייצוגיות ליידע את הבורסה בדבר הגשת תביעתם, הרי שלא היה לכך, ככל הנראה, משקל מעשי רב, ועל כן נמחקה הדרישה בגרסת חוק החברות.

5. האגרה בהליך ייצוג קבוצתי

בפסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון בעניין דיסקונט התלבטו השופטים באשר לשאלת הטלת האגרה בהליך של תובענה ייצוגית על פי חוק ניירות ערך. בפסק הדין נדונה השאלה בעקבות הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית על פי חוק ניירות ערך. אולם, מאחר שהמחוקק לא הסדיר את הסוגייה בחוק החברות, הדמיון בהסדרים מחייב את התייחסותנו אליה גם בהקשר של חוק החברות.

את השאלה שהוצגה בפרוטרוט במאמרים קודמים בנושא[31] ניתן למצות כך: מהו סכום האגרה שעל התובע הנציג לשלם בבואו להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית? לסוגייה כמה פנים: ראשית, האם מחויב הנציג באגרה הנגזרת משווי תביעתו האישית, או שמא עליו לשלם סכום גדול יותר, הנגזר משווי תביעתה של הקבוצה בכללותה? שנית, קיימת בעיה של ממש בהערכת שווי תביעת הקבוצה בכללותה, בעיקר במקרים שבהם מספר החברים בקבוצה אינו ידוע.

הצעות שונות להתמודדות עם סוגיות אלה הוצעו ונדונו לא אחת בפסיקה. כך, למשל, הוצע לקבוע את סכום האגרה כפי שקובעים אותו בתביעות שלא ניתן להעריך את שוויין

30 רע"א 7633/98 דיסקונט ישראל שוקי הון והשקעות נ' שמש (לא פורסם, 23.9.1999), בפיסקה 9 לפסק הדין.

31 גולדשטיין ושמלץ, הערה 10 לעיל; גולדשטיין, "עוד בעניין תביעת־ייצוג־קבוצתית", הערה 10 לעיל.

nevo.co.il

בכסף (פסק דין הצהרתי, צו מניעה וכדומה).[32] פתרון זה עשוי בהחלט לענות לפן השני של הסוגייה. הצעה "לעקוף" את השאלה בדבר הסכום שעל הנציג לשלם ולהטיל את תשלום האגרה על הנתבע על פי שווי התביעה נגדו נדחתה על ידי בית המשפט, בעיקר מפאת חוסר הצדק הטמון בה.[33]

הפתרון אשר נמצא לבסוף בפסק דין דיסקונט מאמץ את הצעתו של היועץ המשפטי לממשלה, שהיה צד להליכים. פתרון זה הוצע למעשה כבר במאמרים קודמים:[34] התובע הנציג ישלם את האגרה על תביעתו האישית ואילו האגרה בגין תביעת חברי הקבוצה שיזכו בדין תשולם על ידם לאחר שייפסק הסעד לטובת הקבוצה, כתנאי למימוש פסק הדין. יש להניח שבסופו של הליך, יוחזרו הוצאותיהם, לרבות תשלום האגרה, על ידי הנתבע, כמקובל.

עלינו להודות כי בקביעה זו נזהרה השופטת שטרסברג־כהן, שכתבה את פסק הדין, מפני קביעת תקדים מחייב, והטעימה במפורש:

> ...אלא שמאחר ושמענו כי הנושא עומד להיות מוסדר בחקיקה... אין אני מוצאת להציע פתרון לבעיה זו ולקבוע כבר היום את האופן בו תיקבע האגרה על תביעת הקבוצה או יחידיה.[35]

העובדה שבית המשפט נזהר מקביעת מסמרות בסוגייה מצביעה, למעשה, על התעלמותו מכך שהפסיקה כבר עשתה בעבר שימוש בשיטה זו לקביעת אגרה – על ידי השופט שמגר בבש"א 195/88 **מדינת ישראל נ' קרן הופר**[36] – ועל כן עיקרון התקדים המחייב חל עליה. אולם, ייתכן כי מאחר שאין הוא מחייב את בית המשפט העליון עצמו מצאה השופטת שטרסברג־כהן לנכון שלא לאמצו כהלכה מחייבת. עם זאת, אנו בדעה אחת עם השופטת, כי על נושא האגרה להיות מוסדר בחקיקה מפורשת. חקיקתו של חוק החברות יכולה הייתה להיות הזדמנות טובה להסדרת הסוגייה, ברם לנושא האגרה בתחום התובענות הייצוגיות אין ולו זכר בחוק החדש.[37] אמנם בסעיף 218(א) לחוק החברות מוסדרת סמכותו של שר המשפטים להתקין תקנות בדבר אגרת בית המשפט בהליך של תובענה ייצוגית, אולם עד היום טרם נעשה על ידו דבר בנדון. לנו נראה כי ראוי היה להסדיר את הנושא בהזדמנות זו.

32 ראו עניין דיסקונט, הערה 30 לעיל, בפיסקה 7 לפסק הדין.

33 ראו שם, בפיסקה 10 לפסק הדין.

34 גודלשטיין ושמלץ, הערה 10 לעיל; גולדשטיין, "עוד בעניין תביעת־ייצוג־קבוצתית", הערה 10 לעיל.

35 ראו עניין דיסקונט, הערה 30 לעיל, בפיסקה 8 לפסק הדין.

36 פ"ד מב(3) 32, 39.

37 אמנם בפרק העוסק בתביעה הנגזרת קיימת התייחסות לעניין האגרה, אך גם שם היא לוקה, לטעמנו, בחסר. סעיף 199(1) לחוק החברות מדבר על האפשרות של חלוקת סכום האגרה בין התובע הנגזר לבין החברה, אך מבלי לפרט את אופן החלוקה. נדון בכך ביתר פירוט בחלקו השני של מאמרנו.

nevo.co.il

6. הוצאות ההליך

חוק החברות מתיימר להסדיר את סוגיית הוצאות ההליך בסעיף 216, הקובע כך:

> (א) פסק בית המשפט על פיצוי כספי בתובענה הייצוגית, רשאי הוא להורות כי בנוסף לפיצוי ישולמו הוצאות, בסכום שקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה עבור הטרחה הכרוכה בהוכחת הזכות לסעד.

קבלת הסעד המבוקש בהליך של תובענה ייצוגית כרוכה בהליך דו־שלבי. בשלב הראשון מייצגים נציגים את חברי הקבוצה בשאלת אחריותו של הנתבע, ואילו בשלב השני נדרש כל חבר בקבוצה להוכיח את נזקו האישי בהליך נפרד. סעיף זה עוסק בשאלת פסיקת ההוצאות לטובת חברי הקבוצה שלא שימשו נציגים בשלב השני של ההליך – דהיינו: לגבי הוכחת זכותם האישית לסעד במקרה שבו צלחה תביעתם את השלב הראשון. אולם, הסעיף המוכתר בכותרת: "פיצוי והוצאות" כלל אינו מסדיר את המצב במקרה שהתביעה נכשלת! מבלי להקל ראש בחשיבות הסדרת אופן הפיצוי והחזר ההוצאות, כפי שהדבר מופיע בסעיף זה, שאלות חשובות אחרות נותרו ללא מענה. במאמר זה נתייחס לשתיים מהן. הראשונה היא, כאמור, סוגיית הוצאות הנתבע במקרה של כשלון התביעה, והשנייה היא סוגיית הערובה להוצאות.

(א) הוצאות המשפט בתובענה ייצוגית שלא צלחה

אנו חשים כי ראוי היה לתת את הדעת לשאלה שעליה עמדנו במאמר הראשון בנושא תובענות ייצוגיות:[38] מי, אם בכלל, נדרש לשאת בהוצאות הנתבע במקרה שהתביעה נכשלת? האם על חובה זו להיות מוטלת על התובע הנציג בלבד, או שמא יש לחייב בהוצאות את כל חברי הקבוצה, לרבות מי שלא השתתף בתביעה באופן אישי?

מחד גיסא, הנציג הוא שנטל על עצמו את הסיכון כאשר הגיש את התובענה הייצוגית, ועל כן ראוי שהוא יישא במחיר כישלונו; מאידך גיסא, גישה שכזו אינה מתיישבת עם המגמה לעודד בעלי תביעות אישיות בסכום נמוך לצאת כנגד נתבע שעוולתו כלפי ציבור רחב יותר היא גדולה, שהיא רציונל העומד בבסיסו של כלי דיוני זה.

עם זאת, אפשרות של חיוב כלל חברי הקבוצה נראית מסובכת ביותר לאכיפה. אף אם יימצא פתרון נוח לגביית הסכומים, נותר הרושם שאין הדבר מוצדק.[39] נראה כי אין זה ראוי שאזרחים מן השורה, שכלל לא ביקשו לפתוח בהליכים כנגד הנתבע – ולעתים אף

38 גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?", הערה 2 לעיל, בעמ' 447.

39 ניקח לדוגמה את פסק הדין האמריקני *Daar v. Yellow Cab*, 433 P.2d (Calif. 1967). שם חויבה חברת מוניות שנתבעה בתביעה ייצוגית ונמצאה חייבת, בהורדת מחירי הנסיעה עד לקיזוז גובה הפיצוי. לו הייתה נכשלת התביעה כנגדה, ניתן היה אולי לגבות את ההוצאות שנגרמו לה כתוצאה מההליך בדרך של העלאת מחירי הנסיעה עד לקיזוז מלוא סכום ההוצאות שנפסקו לה.

nevo.co.il

כלל לא ידעו על כך – יחויבו במחיר מחדלי הנציג שיזם את התביעה הכושלת. היו מלומדים אנגלים שהציעו אפשרות זו כדי למנוע רתיעה של הנציג מהגשת תביעה פן יישא לבדו במלוא הוצאות הנתבע אם התביעה תיכשל.[40] עם כל הכבוד, איננו חושבים כי יש בטיעון זה כדי להצדיק את חיוב חברי הקבוצה בהוצאות הליך כושל, והזכרנו כבר את הטעמים לכך. זאת ועוד: הניסיון הישראלי בעשור האחרון מעיד בבירור כי נציגים אינם נרתעים מהגשת תובענות ייצוגיות מתוך חשש זה.[41]

קיים, כמובן, הפתרון החד־סטרי, שלפיו כלל לא יוחזרו הוצאות לנתבע. פתרון חד־סטרי זה מתאים למקרים שבהם נדרש תמריץ מיוחד להגשת סוג כזה של תביעות; אולם, כפי שהראנו במאמר הקודם,[42] כאשר מדובר בנכונות הנציגים להגיש תובענות ייצוגיות, אין כיום צורך בתמריץ, ובוודאי שלא קיצוני כל כך. מה גם, שנזקו של נתבע תמים, שנחשף שלא בצדק לאיומה של תובענה ייצוגית, עולה ודאי לאין שיעור על סך ההוצאות הממשיות שהוציא לצורך התגוננותו מפניה. בדרך כלל מדובר בנזק רב למוניטין, ולעתים – בעיקר במקרים שבהם נחשף הנתבע לצווים זמניים מגבילים – אף בנזק כלכלי של ממש. לכן, לדעתנו, אין הצדקה להותיר נתבע כזה בלא כלום.

במאמרנו הראשון המלצנו למחוקק לקבוע הסדר שלפיו רק הנציגים ישאו בהוצאות. אנו חוזרים על המלצה זו גם כיום, ואולי אף ביתר שאת. הנכונות להגיש תובענות ייצוגיות היא כיום גבוהה יותר מהמצופה, כפי שהראנו במאמרנו הקודם,[43] ואולי אף נדרש כיום ריסון מסוים. הסדר המטיל על התובע הנציג את הוצאות הנתבע במקרה שנכשלת תביעתו עלול אמנם להרתיע תובעים פוטנציאלים מהגשת תביעות מוצדקות; אך לנו נראה כי מי שבטוח בצדקתו לא יירתע בקלות. בהתחשב ברווח הפרסומי והכספי המושך תובעים רבים למסלול הייצוגי, מי שיירתעו, לדעתנו, הם דווקא אותם תובעים פזיזים הממהרים להגיש "תביעות בוסר" כתובענות ייצוגיות, אף על פי שאין הן ראויות.

בפועל, ייתכן שיש מזור לנתבעים תמימים שסבלו הוצאות ונזקים כתוצאה מהליך הסרק. קיימת אפשרות – שלמיטב ידיעתנו לא נוסתה מעולם – להגיש כנגד הנציג התובע תביעה כספית בגין העוולה הנזיקית של הפרת חובה חקוקה,[44] כאשר החובה החקוקה המופרת היא החובה להגיש את התובענה הייצוגית בתום־לב.[45] נראה כי לשונה של העוולה מאפשרת זאת:

(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל

40 Jillaine Seymour, "Representative Procedures and the Future of Multy-Party Actions," 62 *Modern L. Rev.* 564, 583-584 (1999).

41 גולדשטיין ועפרון, הערה 6 לעיל, בעמ' 45–46.

42 שם.

43 שם.

44 סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

45 סעיף 210(ב) לחוק החברות. חובה זו מופיעה כמובן גם בחוקים האחרים המאפשרים הגשת תובענות ייצוגיות.

nevo.co.il

> חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו ומטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק...

נראה כי חובת תום הלב בהגשת תובענה ייצוגית נועדה להגן על הנתבע מפני אותם נזקים שפודטו לעיל – הוצאות כספיות הכרוכות בניהול ההליך המיותר, פגיעה במוניטין ולעתים אף נזק כלכלי כתוצאה מצווי ביניים מגבילים שהוצאו במהלך התביעה. עם זאת, יש לציין כי המשפט הישראלי אינו ממהר ואף נזהר מלהכיר בהגשת תביעה כבסיס לעוולה נזיקית. נטייה זו באה לידי ביטוי, בין השאר, בצמצום עוולת הנגישה, וכן בהטלת חסיון על כתבי בי־דין ופרוטוקולים מפני תביעת לשון הרע בגינם.

לדידנו, הסדרת הסוגייה במסגרת חוק החברות עשויה הייתה למנוע מבתי המשפט התדיינות נוספת בנושא. עם זאת, לא נראה לנו כי נעשה שימוש נרחב בטקטיקה זו, ואולי זו הסיבה שמנסחי החוק לא מצאו לנכון לתת את הדעת לשאלה זו. ברם, לא נתפלא אם בעתיד – נוכח השימוש ההולך וגובר בכלי הדיוני של תובענות ייצוגיות – תתפתח מגמה מקבילה של תביעות־נגד מטעם נתבעים שניזוקו כתוצאה מהגשת תובענה ייצוגית בלתי־מוצדקת. ניתן, ודאי, לדון בהרחבה בהשפעות הכלכליות של הפתרונות המוצעים על ידינו; אולם אנו סבורים כי ראוי להקדיש לכך דיון נפרד ומעמיק.

(ב) ערובה להוצאות הנתבע

סוגייה נוספת הקשורה בנושא הוצאות המשפט נותרה ללא התייחסות: סוגיית הערובה להוצאות. במאמר קודם הציע פרופ' גולדשטיין לחייב את הנציג – למעט במקרים נדירים – לתת ערבות להוצאות הנתבע במקרה של הפסד בתביעה.[46] ההצדקה להצעה זו נובעת מהבדל מהותי בין הצדדים בהליך רגיל לבין הצדדים בהליך הייצוג הקבוצתי. בעוד שבהליך רגיל קיים שוויון במצבם של הצדדים מבחינת סיכוייהם וסיכוניהם בתביעה, שוויון זה אינו קיים בהליך הייצוג הקבוצתי.

לכל צד בהליך רגיל סיכוי סביר לגבות מהצד השני את החזר ההוצאות המגיע לו אם יפסוק בית המשפט לטובתו. לעומת זאת, בתובענה ייצוגית יכולה הקבוצה לחייב את כל נכסי הנתבע לצורך החזר הוצאותיה, אולם נתבע שנפסקו הוצאות לטובתו לא יוכל להיפרע מנכסיהם של כלל חברי הקבוצה אלא של הנציגים בלבד. כאמור לעיל, הוצאות הגנה בתובענה ייצוגית עשויות להיות עצומות בהתחשב בסיכון המאיים על הנתבע בתביעות כאלו, אולם האפשרות לגבות את החזרן עלולה להיות מוגבלת ודלה ביותר.

אנו סבורים, כי להסדר המחייב את הנציג לתת ערובה להוצאות הנתבע – לו היה נכלל בחוק החברות – היו יכולות להיות השפעות רצויות. הסדר כזה היה מרתיע תובעים פוטנציאליים מפני הגשת תובענות ייצוגיות בקלות מופרזת. ומסנן את התביעות הקלושות יותר והקנטרניות.

46 גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?", הערה 2 לעיל, בעמ' 448.

nevo.co.il

רציונל זה בדיוק עמד בבסיס החלטתו של המחוקק לאפשר לבית המשפט, המאשר תביעה נגזרת על פי אותו חוק ממש –

> להטיל על החברה או על התובע להפקיד ערובה לכסוי הוצאות הנתבע.[47]

נראה לנו תמוה כי באותו חוק, המסדיר שני אמצעים דיוניים ייחודיים, הדומים זה לזה ברציונלים שבבסיסם, ייפקד מקומו של הסדר רצוי מן האמצעי האחד בעוד הוא מופיע במפורש באחר. לדעתנו, היה מקום לציין מפורשות בחוק החברות את סמכותו של בית המשפט לחייב את הנציג־התובע להפקיד ערובה להוצאות הנתבע, ערובה שממנה יוכל הנתבע לפרוע את החזר הוצאותיו אם לא תצלח התביעה נגדו. עם זאת, העובדה שנושא הערבות אינו מוסדר במפורש בחוק החברות איננה מונעת מבתי המשפט לחייב את התובע הנציג להפקיד ערובה לשם השגת ההשפעות החיוביות העשויות לנבוע מכך.

אמנם לא נהוג בדרך כלל לחייב תובע להפקיד ערובה להוצאות הנתבע, אך תקנות סדר הדין האזרחי מאפשרות זאת. תקנה 519 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת במפורש:

> בית המשפט או הרשם רשאי, אם נראה לו הדבר, לצוות על תובע ליתן ערובה לתשלום כל הוצאותיו של נתבע.

עד להשוואת שני ההסדרים – התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת – מבחינת האפשרות לחייב את התובע במתן ערובה להוצאות הנתבע, פתוחה דרכם של נתבעים לדרוש מבית המשפט להפעיל את סמכותו להורות כך על פי תקנות סדר הדין האזרחי. עם זאת ראוי, לדעתנו, כי העניין יתוקן ויוסדר במפורש גם במסגרת הסדר התובענה הייצוגית בחוק החברות.

ההשוואה שערכנו בין התובענה הייצוגית לתביעה הנגזרת בחוק החברות מקשרת היטב בין שני חלקיו של מאמר זה. עד כה נתנו את דעתנו לסוגיות הקשורות לתובענה הייצוגית שניתן להגיש על פי חוק זה. כעת נפנה לדון בסוגיות העולות מן ההסדר בחוק המאפשר הגשת תביעות והגנות נגזרות.

ג. התביעה הנגזרת בחוק החברות החדש

התביעה הנגזרת אינה זרה למשפט הישראלי, אם כי עד עתה מעולם לא מצאה ביטוי בדבר חקיקה כלשהו. מכשיר דיוני זה התפתח במשפטנו במשך השנים על ידי ההלכה הפסוקה.[48] לפיכך, יפה עשה המחוקק כאשר ניצל את ההזדמנות של חקיקת חוק חברות חדש להסדרת נושא זה באופן מפורש ומפורט. אנו בהחלט מברכים על כך.

על התנאים והדרישות להגשת תביעה נגזרת נאמר ונכתב רבות, ועל כן אין בדעתנו

47 סעיף 199(3) לחוק החברות.

48 הנושא פורט בהרחבה בגולדשטיין, "תביעה נגזרת: דרכי פתיחתה וניהולה", הערה 2 לעיל.

nevo.co.il

לעסוק בכך. בכוונתנו להתמקד דווקא באותם עניינים המשיקים או מקבילים לתחום התובענה הייצוגית – שאלת הגמול לתובע הנציג, והנושא המורכב והמסובך של הוצאות ההליך.

כדי להבין את ההסדרים שנחקקו בחוק החברות בתחום התביעה נגזרת, יש להבין את ההקשר הכללי שבו הם נולדו. כידוע, חוק החברות החדש מבוסס על רבים מרעיונותיו של פרופ' אוריאל פרוקצ'יה, אבי הצעת חוק החברות, המופיעים בכתביו השונים. אנו סבורים שכדי לרדת לעומקם של דברים, יש לבחון אותם על רקע תפיסת עולמו של פרופ' פרוקצ'יה.

התביעה הנגזרת, כמכשיר דיוני שנועד לאפשר לבעל מניות לתבוע בשם החברה כאשר זו מסרבת לעשות כן, עלולה ליצור מצב בלתי־מאוזן, שבו שיקולי רווחתו האישית של התובע הנציג עלולים לגבור על האינטרסים הכלכליים של החברה שבשמה הוא תובע.[49] מצב זה, שאותו נהוג לכנות בשם "בעיית הנציג", הוא שעומד בבסיסם של המנגנונים שהציע פרופ' פרוקצ'יה למחוקק בנושא זה. על הטיפול בבעיית הנציג להיעשות, בין היתר, על ידי הצמדת התועלת הכספית שתצמח לתובע מהתביעה לתועלת שתצמח לחברה ממנה, אם תצלח תביעתו.[50] בין המכשירים שהוצעו לשם כך היו מנגנון ייחודי לקביעת גמול שיינתן לתובע, מנגנון של פיצוי התובע על הוצאות תביעתו מקופת הנתבע והחברה עצמה וחלוקת הנטל בתשלום הוצאות הנתבע במקרה של הפסד בתביעה.

המכשירים השונים שהציע פרופ' פרוקצ'יה לפתרון בעיית הנציג התקבלו באופן חלקי בלבד; חלקם שונו ואף הושמטו כליל בהליכי החקיקה. למעשה, נותרו רק "שרידים" מהצעתו המקורית בנושא זה; אולם, לדידנו, כדי להבין כהלכה את אותם "שרידים" יש לנתח את החוק לאור גישתו של פרופ' פרוקצ'יה, אף על פי שלא התקבלה כפי שהיא. לפיכך אנו מציעים לקוראים להתייחס להערותינו בנוגע לתביעה הנגזרת בהקשר רחב זה.

1. גמול לתובע

ראשית נתייחס לאחד ממנגנוני התמרוץ שמציע חוק החברות לתובעים הנגזרים הפוטנציאליים. החוק מאפשר לבית המשפט להורות על תגמול הנציג אם תצלח תביעתו. בין היתר קבע המחוקק קריטריון למתן הגמול – התועלת שצמחה לחברה מהתביעה ומהזכייה בה:

> פסק בית המשפט לטובת החברה, רשאי הוא להורות על תשלום גמול לתובע, בשים לב, בין היתר, לתועלת שצמחה לחברה מהגשת התביעה ומהזכייה בה.[51]

49 אוריאל פרוקצ'יה, **דיני חברות חדשים לישראל** 397 (תשמ"ט).

50 שם, בעמ' 399.

51 סעיף 201 לחוק החברות.

nevo.co.il

אנו סבורים כי מדובר למעשה בעיקרון כללי ועמום, שמותיר את שיקול הדעת – לגבי עצם מתן הגמול וכן לגבי שיעורו – באופן בלעדי לבית המשפט. להנחיה כללית מדי עלולות להיות תוצאות בלתי־רצויות. ראשית, חוסר הוודאות לגבי עצם קבלת גמול כלשהו וחוסר הידיעה לגבי שיעורו פותחים פתח לחוסר נאמנות מצד התובע כלפי הקבוצה בבואו לשקול פשרה. בעיית הנציג נשארת בעינה כל עוד התובע יכול לשרת את מטרותיו טוב יותר אם יתעלם משיקולי החברה.[52] שנית, בהעדר הנחיה מדויקת, עשויים בתי המשפט "לפצות" תובע שטרח להגיש תביעה שסכומה נמוך בתגמול גבוה (מעין תגמול ל"לוחם הצדק"), ולעומתו, בעל מניות שזכה בסכום תביעה גדול עבור החברה, עשוי להיחשב כמי שנהנה ממילא מהתביעה כבעל מניות בחברה ולכן ייפסק לו תגמול קטן יותר.

המטרה העומדת מאחורי קביעת נוסחה מדויקת למתן הגמול היא לגרום לכך שהנציג יעמוד בדיוק בנעלי החברה ויהיו לו אותם סיכויים וסיכונים שיש לה (גם בכל הנוגע לפשרה, ערבות וכדומה). אולם, בעיית הנציג לא נפתרת כל עוד אין ודאות לגבי שיעור התגמול לנציג והדבר נתון לשיקול דעת רחב של בית המשפט. הצעתו המקורית של פרופ' פרוקצ'יה הייתה להעניק לתובע באופן אישי 25% מפירותיה של תביעה שצלחה.[53]

בדיונים שנערכו בהצעת חוק החברות התלבטו חברי הוועדה שניסחה את החוק בשאלה, האם לקבוע בחוק אחוז מסוים שיוענק לתובע כגמול על טרחתו בהגשת התביעה הנגזרת, או שמא יש להשאיר החלטה זו לשיקול דעתו של בית המשפט. בניגוד לדעתו של פרופ' פרוקצ'יה, חששו יתר חברי הוועדה מפני הגבלת שיקול הדעת השיפוטי. כאמור, התוצאה שאליה הגיעו היא השארת עצם מתן הגמול לתובע ושיעורו לשיקול דעתו של בית המשפט. המשמעות של החלטה זו היא למעשה השארת בעיית הנציג בעינה.

את השמטת רוב הפרטים מהצעתו הסביר פרופ' פרוקצ'יה, בהרצאתו ביום העיון לזכרו של פרופ' אהרן יורן ז"ל, במגמה המאפיינת את החוק החדש כולו – מעבר מקריטריונים מדויקים לנורמות כלליות, המותירות בידי בית המשפט שיקול דעת רחב יותר.[54]

2. ההוצאות בתביעה נגזרת

מנגנון נוסף שנועד לפתור – או לפחות לצמצם – את בעיית הנציג הוא הסדרה מחושבת ושקולה של הנשיאה בנטל הוצאות ההליך. כיצד מסדיר חוק החברות את נושא ההוצאות בתביעה הנגזרת? עלינו לבחון שאלה זו בהתאם למקרים השונים שבהם היא מתעוררת.

52 פרוקצ'יה, הערה 49 לעיל, בעמ' 411.

53 שם, בעמ' 409.

54 אוריאל פרוקצ'יה, "מאחורי הקלעים", משפטים לב 303 (תשס"ב).

nevo.co.il

(א) חיוב בהוצאות כאשר התובע הנגזר זוכה בדין

ראשית נתייחס למקרה שבו התביעה מצליחה והתובע הנגזר זוכה בדין.

תשלום הוצאות התובע על ידי הנתבע

הכלל במשפטנו הוא שהמפסיד משלם, דהיינו: על נתבע שהפסיד בתביעה לשלם את הוצאות התובע. בכך אין כל חידוש, ולכן גם אין לתמוה על כך שהנושא אינו מוסדר בחוק זה באופן מפורש. נהפוך הוא: דווקא מכך עלינו להבין כי על בית המשפט לפסוק על פי הנהוג ובהתאם לתקנות סדר הדין האזרחי.

תשלום הוצאות החברה על ידי הנתבע

חוק החברות אינו מתייחס לשאלה אפשרית מעניינת – האם על נתבע המפסיד בהליך להחזיר לחברה את הוצאותיה?[55] מחד גיסא, החברה, בסירובה לשתף פעולה עם התובע הנגזר, יצרה למעשה פיצול של החזית כנגד הנתבע, וגרמה בשל כך למצב שבו נדרש החזר הוצאות לשני גופים שונים ונפרדים. על פני הדברים נראה כי אין זה צודק שהנתבע ייאלץ לשלם על חילוקי הדעות בין החברה לתובע. מאידך גיסא, במקרים רבים הנתבע הוא מנהל בחברה, שבסירובו לתבוע בשם החברה גרם להגשת התביעה הנגזרת על ידי בעל מניות. נוסף על כך, בהתחשב בעובדה שהתביעה נועדה למעשה לשרת את האינטרסים של החברה, הרי שמעמדה כנתבעת הוא עניין טכני ופורמלי לחלוטין, ולמעשה יש לראותה כתובעת פסיבית. ככזו, יש הצדקה לשיפוי הוצאותיה. זאת ועוד: ייתכנו מקרים שבהם החברה אף תרמה בפועל למימון ההליך, כפי שמוסמך בית המשפט להורות על פי סעיף 199(2) לחוק החברות (שנקדיש לו כמה שורות אף בהמשך). גם מהיבט זה מוצדק לחייב את הנתבע בהוצאות החברה.

למעשה, מבחינת תקנות סדר הדין האזרחי, העובדה שהחברה מופיעה כנתבעת בהליך אינה מונעת מבית המשפט לחייב נתבע אחר בתשלום הוצאותיה. תקנה 511(א) לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת, כדלקמן:

> בתום הדיון בכל הליך יחליט בית המשפט או הרשם, לעניין שלפניו, אם לחייב בעל דין בתשלום שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט לטובת בעל דין אחר אם לאו (ההדגשה הוספה).

מנוסח התקנה אנו למדים, שלפי תקנות סדר הדין האזרחי אין כל חובה שהחזר ההוצאות יהיה דווקא לבעל הדין שכנגד. עם זאת, אף על פי שניתן לפסוק כך לפי התקנה, אין הדבר נעשה כעניין שבשגרה. הסמכות ללא ספק קיימת, אולם הפעלתה

55 למשל, הוצאות הייצוג המשפטי או אלו הכרוכות בשיקום המוניטין, וכן העלויות הנובעות מחשיפה ממושכת לסכנת הפסדים, לרבות המצאת בטוחות שונות וכדומה.

nevo.co.il

תלויה בשיקול דעתו של השופט היושב בדין. ימים יגידו אם בתי המשפט הדנים בתביעות נגזרות יעדיפו לעשות שימוש בסמכות זו אם לאו.

תשלום הוצאות התובע על ידי החברה

אין כל דבר חריג בסמכות שמעניק החוק החדש לבית המשפט להטיל על החברה, שהיא אחת מהנתבעות בהליך, לשאת בהוצאות התובע שזכה בדין. הדבר תואם את הנהוג במשפטנו, היינו: שהמפסיד משלם. אולם, מעבר לנוהג, יש לכך אף הסבר מהותי. על פי נורמות מקובלות של עשיית עושר ולא במשפט, אדם שגרם להעשרתו של אחר זכאי לפחות להחזר ההוצאות שהוציא לשם כך. בכך שהצליח בתביעתו העשיר התובע את החברה, ועל כן הוא זכאי להחזר הוצאותיו. ייתכן שיש להדגיש שמדובר בהוצאות שלא הושבו לתובע על ידי הנתבע, שהרי אין הצדקה כי התובע יקבל פעמיים את החזר הוצאותיו; אולם ידוע כי בפועל לא פוסקים לזוכה החזר מלוא הוצאותיו בבית המשפט, והסדר זה נועד ככל כנראה לתקן זאת.

כך קובע סעיף 200 לחוק החברות:

> פסק בית המשפט בתביעה הנגזרת, רשאי הוא להטיל על החברה את תשלום הוצאותיו של התובע ורשאי הוא להטיל על התובע תשלום הוצאות שנגרמו לחברה, כולן או מקצתן, בשים לב לפסק הדין וליתר נסיבות העניין.

סעיף זה מאפשר לבית המשפט לחייב את החברה בהוצאות התובע על פי שיקול דעתו. המחוקק התווה שני קווים מנחים לשיקול דעת זה: השיקול הראשון שבית המשפט נדרש לשים לבו אליו הוא "פסק הדין", והשיקול השני – "יתר נסיבות העניין".

ראשית, עולה השאלה לְמה התכוון המחוקק בהפנותו את תשומת לבו של בית המשפט ל"פסק הדין". הנחיה זו ניתן להבין רק בקריאת הסעיף כולו כמכלול. בסמכות בית המשפט להטיל את הוצאות התובע על החברה, אך בסמכותו גם להטיל את הוצאות החברה על התובע.[56] מנוסח הסעיף ניתן להבין שהנחיית המחוקק היא שהטלת ההוצאות על מי מהצדדים נעשית על פי הכלל הנהוג במשפטנו: אם פסק הדין הוא לטובת התובע, ניתן להטיל את הוצאותיו על החברה; אם פסק הדין הוא לטובת הנתבעים, רשאי בית המשפט להטיל את הוצאות החברה על התובע. לדידנו, זו הייתה כוונת המחוקק בקובעו כלל מנחה זה.

הכלל המנחה השני שאליו מפנה המחוקק את תשומת לבו של בית המשפט הוא "יתר נסיבות העניין". השאלה המתבקשת היא, כמובן, מהן אותן נסיבות שעל בית המשפט

56 סעיף 200 לחוק החברות מתייחס, כאמור, הן למצב שבו צלחה התביעה והתובע זכאי להחזר הוצאותיו והן למצב שבו הפסיד בתביעה ועל כן הוא חשוף לחיוב בהוצאות החברה. המקרה השני בו עוסק הסעיף נדון בהרחבה בהמשך דברינו.

nevo.co.il

לשקול בבואו להחליט לגבי הטלת ההוצאות ולגבי שיעורן. החוק שותק, נאמן למגמה המאפיינת אותו בדבר שיקול הדעת השיפוטי הרחב.

לדידנו, אם צלחה תביעתו של התובע, יש לפרש את כוונת המחוקק על פי הנורמות המקובלות של עשיית עושר ולא במשפט שהזכרנו לעיל, דהיינו: ההפרש בין סך ההוצאות שהוציא התובע בפועל לשם ניהול תביעתו לבין סכום ההוצאות שפסק בית המשפט שעל הנתבע להחזיר לו. לפי היגיון זה נראה, כי יהיה על בית המשפט להכריע באיזו מידה תרם סירובה של החברה ליזום את התביעה להוצאות שנדרשו לניהולה, ולפי שיעור "אחריות" זה לחלק את הנטל בינה לבין התובע הנגזר. על פני הדברים נראה, כי מאחר שהחברה סירבה להגיש את התביעה, הרי שאחריותה היא מלאה. עם זאת, ניתן לחשוב על מקרים – אמנם יוצאי דופן – בהם מוצדק יהיה להטיל אחריות מסוימת גם על התובע הנגזר. כך, למשל, "אחריות" זו עשויה לחול על התובע הנגזר במקרים שבהם נהגה החברה בסבירות בסירובה להגיש את התביעה, והחלטתה זו נבעה מרשלנותו של התובע הנגזר עצמו בהצגת הנושא בפניה באופן חלקי ובלתי־משכנע.

נוסף על כך ייתכן, שההנחיה בדבר "נסיבות העניין" מתייחסת למצב של זכייה חלקית בתביעה. הפסיקה אפשרה בעבר הפחתה של ההוצאות לטובת התובע במקרים שבהם זכה התובע רק בחלק מהסכום הנתבע עקב מחדליו שלו.[57] ניתן להבין את סעיף 200 לחוק החברות כמסמיך את בית המשפט להתחשב בעת קביעת שיעור ההוצאות לא רק בפסק הדין הסופי, אלא גם באופן ניהול התביעה על ידי התובע – אם בתביעת סכום מופרז ואם במחדלים אחרים במהלך ניהול המשפט.

לטעמנו לא הוסדרה סוגייה זו בבהירות הראויה; ייתכן שיש להמתין ולראות כיצד מתמודדים בתי המשפט עם פירוש הסעיף. גם כאן, השאיפה להותיר שיקול דעת שיפוטי רחב גוררת חוסר ודאות המנציח למעשה את בעיית הנציג, ומשאיר לבתי המשפט את המשימה לצמצמה.

מלבד שאלת החזר ההוצאות בתום ההליך מתייחס חוק החברות גם לנושא הבטחת הוצאות התובע מראש, ומציע הסדר מעניין להבטחת הוצאות אלה. הסדר זה מעוגן בסעיף 199(2) לחוק החברות, וזו לשונו:

> אישר בית המשפט תביעה נגזרת רשאי הוא –
>
> ...
>
> להורות לחברה לשלם לתובע סכומים שיקבע לכיסוי הוצאותיו או להפקיד ערובה לתשלומם.

נוסח הסעיף מעלה כמה נקודות מעניינות לבדיקה. ראשית, הבה נחקור את המניעים שהובילו את המחוקק לקבוע הסדר מעין זה. בדעתנו עולות שתי סיבות אפשריות. הראשונה נעוצה במאפייני התובע הנגזר. בדומה דמיון ניכר לתובענה הייצוגית, גם

57 ראו למשל ע"א 419/80 **הולנדר ושות' נ' הוד אוזן**, פ"ד לו(4) 433; ע"א 716/82 **עיריית הרצליה נ' אמר**, פ"ד לט(4) 217; השוו גם ע"א 690/69 **בן־יהודה נ' רוז**, פ"ד כד(2) 537.

nevo.co.il

מגיש התביעה הנגזרת עומד בגפו אל מול ארגונים רבי עוצמה – ביניהם אף החברה שלו עצמו, שסירבה לנהל הליך זה בעצמה – ונאלץ לנהל מאבק משפטי שעלויותיו ומשמעויותיו הכלכליות ברורות וידועות. כדי שיוסר מהתובע הנגזר החשש לפתוח בהליך צודק מטעמים של סיכון כספי גרידא, הסמיך המחוקק את בית המשפט להגן על התובע באמצעות חיוב החברה שבשמה הוא תובע בתשלום הוצאותיו, או במתן ערובה לכיסוין.

סיבה אפשרית נוספת מתמקדת דווקא בחברה המסרבת להגיש את התביעה בעצמה, ולפיכך "מאלצת" בעל מניות בה לעשות זאת. כפי שניתן לראות, אין סמכותו של בית המשפט לחייב את החברה בתשלום הוצאות התובע הנגזר תלויה בתוצאות ההליך. נהפוך הוא: בית המשפט רשאי לממש סמכות זו מיד עם אישור הגשת התביעה הנגזרת, עוד בטרם החל בירור התביעה לגופו של עניין. אנו סבורים כי יש בכך כדי לאותת לחברה "הסרבנית" כי כדאי לה לשקול שנית את סירובה לתבוע, מאחר שהיא עלולה להיחשף הן לחיוב בהוצאות הנתבע, הן לחיוב בהוצאות התובע הנגזר בהתאם לתוצאות המשפט,[58] והן להוצאות התובע ללא קשר למהלך המשפט.[59] מבחינת החברה, שמניעיה לא לתבוע עשויים להיות כלכליים, זהו שיקול משמעותי בהחלטה אם לאמץ את התביעה או לעמוד בסירובה.

קריאה נוספת של סעיף 199(2) לחוק החברות מעלה אפשרות לפרשו בצורה שונה לחלוטין. ייתכן שההסדר המפורט בסעיף הוא למעשה הסדר למימון ביניים של הוצאות התובע על ידי החברה, ולאו דווקא הסדר להבטחת הוצאותיו העתידיות. ייתכן שהתשלום שבית המשפט מוסמך להטיל על החברה מתייחס להוצאותיו המיידיות של התובע, הנחוצות לו לניהולו השוטף של ההליך. הסבר זה מתיישב היטב עם העובדה שהפעלת הסמכות הקבועה בסעיף אינה תלויה בסיומו של ההליך; נהפוך הוא: בית המשפט רשאי לחייב את החברה בתשלום הוצאות התובע עוד בטרם החל לנהל את תביעתו, מרגע שהתביעה אושרה כתביעה נגזרת. מרגע זה ייאלץ התובע לממן את הוכחת תביעתו, ובית המשפט מוסמך לחייב את החברה לסייע לו בכך.

אם אכן מסדיר סעיף זה את סוגיית מימון הביניים, דהיינו: הענקת כספים למימון בפועל של ההליכים, הרי שיש לתמוה מדוע הציע המחוקק חלופה בדמות ערובה לתשלום אותם כספים. לכאורה, אין היגיון בהבטחה עתידית להענקת כספים הנחוצים באופן מיידי; אולם ייתכן שחלופת הערובה נדרשת כדי להבטיח שבסופו של הליך יוחזרו לתובע גם כספים שהוציא בפועל מכיסו.

אם אמנם פירושו הנכון של סעיף 199(2) הוא הסדרת סוגיית מימון הביניים, הרי שאין כל קשר להוצאות הסופיות ובודאי שלא לתוצאה הסופית של ההליך. משמעות הדבר היא שאין כל חובה להשיב לחברה בסופו של ההליך סכומים שהעניקה לתובע לצורך ניהול התביעה הנגזרת. אם אכן כך יש לפרש את ההסדר, הרי שבבואו לחייב את החברה

58 סעיף 200 לחוק החברות.

59 סעיף 199(2) לחוק החברות.

nevo.co.il

בהענקת מימון ביניים לתובע הנגזר מוטלת על בית המשפט החובה לשקול את סיכויי התביעה להצליח.[60] לא נראה לנו צודק לחשוף את החברה להוצאה שכזו מבלי לשקול את סיכוייה ליהנות מפירות ההליך.

לסיכום: העובדה שניתן לפרש את סעיף 199(2) בשני אופנים שונים – כהסדר להבטחת החזר הוצאותיו הסופיות של התובע על ידי החברה אם תצלח תביעתו, אך גם כהסדר למימון ניהול התביעה על ידי החברה ללא קשר לתוצאתה הסופית – מלמדת כי הסעיף אינו ברור דיו. בתי המשפט ייאלצו להכריע בין הפירושים המוצעים לסעיף. אנו נוטים להסכים יותר עם הפירוש השני, שלפיו מדובר בהסדר מימון, נטול כל קשר לתוצאת ההליך; אולם כך או כך, לטעמנו, צריך היה המחוקק לתת את דעתו לשתי שאלות חשובות אלו ביתר דיוק ומחשבה.

(ב) חיוב בהוצאות כאשר התביעה הנגזרת נכשלת

על פי הכלל הנהוג במשפטנו, כאשר נכשלת תביעתו של התובע עליו לשאת בהוצאות המשפט של הנתבעים. במקרה של תביעה נגזרת אין המצב כה פשוט. בצד הנתבע הטבעי בהליך, גם לחברה שבשמה מוגשת התביעה יש מעמד של נתבעת. האם על התובע להשיב גם את הוצאותיה שלה – או שמא היא, כגוף שהיה נהנה מתוצאות התביעה, לו צלחה, צריכה לשאת בהוצאות הנתבע? נדון בהסדרים שמציע חוק החברות החדש לשאלות אלו ואחרות.

כפי שכבר ציינו בסוף חלקו הראשון של המאמר, במסגרת הליך התביעה הנגזרת, רשאי בית המשפט להבטיח את החזר הוצאות הנתבע בדרך של חיוב התובע או החברה שבשמה הוא תובע במתן ערבות.[61] ההצעה להסמיך את בית המשפט להטיל ערבות להוצאות הנתבע הוצעה זה לא מכבר על ידי פרופ' גולדשטיין במאמרו הראשון בנושא התובענה הייצוגית.[62] הצעה זו לא יושמה כלל ואף לא הופיעה בהצעת חוק כלשהי. והנה, כאשר פרופ' פרוקצ'יה העלה הצעה זו לגבי התביעה הנגזרת – היא התקבלה בזרועות פתוחות. לאור הדמיון ברציונלים שוב עולה השאלה: הצורך לסנן תביעות סרק ולהגן על הנתבע מפני נזקים בלתי־מוצדקים מחד גיסא, והצורך לנהל ביעילות הליך צודק מאידך גיסא – מדוע להבחין בין התובענה הייצוגית לתביעה הנגזרת?

בבסיסו של הרעיון להטיל ערובה להבטחת הוצאות הנתבעים מונחים מספר מניעים עיקריים, הנובעים מהצורך לאזן בין האינטרסים שעליהם עמדנו לעיל – ניהול הליך צודק ונחוץ תוך מניעת פגיעה בלתי־מוצדקת בנתבע. ראשית, שיטה זו שואפת לצמצום מספרן של התביעות הבלתי־מוצדקות המוגשות בפזיזות או מתוך מניעים קנטרניים. חזקה על התובע שישקול בזהירות את צעדיו כאשר מעל צווארו מונחת חרב מימוש

60 השוו להלכה האנגלית *Wallersteiner v. Moire* (No. 2) (C.A.) [1975] 2 W.L.R. 389.

61 סעיף 199(3) לחוק החברות.

62 גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?", הערה 2 לעיל, בעמ' 448.

nevo.co.il

הערבות. שנית, הערבות נועדה להבטיח את הוצאותיהם של הנתבעים במקרים שבהם מוגשת התביעה על ידי בעלי מניות קטנים, בשל בעיות גבייה העלולות לנבוע מהעובדה שחוסנם הכלכלי של תובעים אלו מוטל בספק. כך ניתן לאזן את חוסר השוויון האינהרנטי בין המתדיינים בהליך. חוסר השוויון נובע מהעובדה שהתובע בתביעה הנגזרת מגיש את התביעה בשם החברה, אולם חלקו האישי בסכום התביעה הוא קטן יחסית משום שהוא פונקציה של נתח מניות החברה שבהחזקתו. הדבר יוצר אי־שוויון בסיכויים ובסיכונים שכל צד לוקח על עצמו, והחיוב בערבות נועד לאזן זאת.

נשאלת השאלה: האם יש אפשרות לשנות את שיעור הערובה בהתאם לסיכויי התביעה? לפי הצעתו של פרופ' פרוקצ'יה, השופט יהיה מוסמך לחייב במתן ערובה בשיעור רבע מההוצאות כאשר התביעה ראויה, או בשיעור מלוא ההוצאות כשהתביעה נראית קנטרנית וסיכוייה קלושים.[63] בשולי הדברים נוסיף, שכאשר סיכויי הנתבעים לזכות נראים קלושים ניתן לפטור את התובע כליל ממתן ערובה.[64]

הצעת חוק החברות אמנם מפרטת בסעיף 242(2) את השיקולים שגדרש בית המשפט לשקול בבואו לקבוע את שיעור הערובה, אולם אין היא מפורטת כהצעתו של פרופ' פרוקצ'יה. הצעת החוק מסתפקת בהנחיה כדלקמן:

> ...כלל הנסיבות הנוגעות לעניין, לרבות אלו שיש בהן, לכאורה כדי **להצדיק את הגשת התביעה.**[65]

אולם ההצעה האמורה צומצמה אף היא ובאה לבסוף לידי ביטוי בנוסחו הסופי של חוק החברות בסעיף 199(3), הקובע כך:

> אישר בית המשפט תביע נגזרת, רשאי הוא להטיל על החברה או על התובע להפקיד ערובה לכיסוי הוצאות הנתבע.

בספרו,[66] שהיווה את הבסיס להצעת חוק החברות, פירט פרופ' פרוקצ'יה קריטריונים שונים לשיקול דעתו של בית המשפט בהחלטתו בדבר חיוב במתן ערבות, וביניהם גם סיכויים טובים לכך שהתובע יזכה בתביעתו. הנימוק להכללתו של קריטריון זה היה הרתעת תובעי סרק או "תובעי בוסר" והגנת הנתבע מפני נשיאה בהפסדים בלתי־מוצדקים. מכאן עולה, למעשה, דרך עקיפה לבדוק את טיב העילה. אולם, הצעתו של פרופ' פרוקצ'יה נדחתה על ידי חברי הוועדה שניסחה את הצעת החוק. כפי שראינו, מבחן בדיקת טיב העילה הופיע דווקא בצורה מסוימת בהצעת חוק החברות, אך גם דרישה זו נמחקה ואינה מופיעה בנוסח הסופי של החוק.

לגישתנו, היה זה ראוי לקבוע במפורש בחוק החדש כי יש לבחון את טיב עילתו של התובע בטרם תאושר תביעתו, ולפחות בטרם יחויב במתן ערבות. ייתכן שניתן להסיק

63 פרוקצ'יה, הערה 49 לעיל, בעמ' 414.

64 שם.

65 סעיף 242(2) להצעת חוק החברות, ה"ח התשנ"ו, בעמ' 75 (ההדגשה הוספה).

66 פרוקצ'יה, הערה 49 לעיל.

nevo.co.il

קיומו של מבחן כזה מסעיף 198(א) לחוק החברות, המנחה את בית המשפט לאשר תביעה נגזרת, בין היתר, אם:

> ...שוכנע כי לכאורה התביעה וניהולה הן לטובת החברה וכי התובע אינו פועל בחוסר תום לב.

אנו סבורים כי רצוי לסנן מראש את תביעות הסרק באמצעות מבחן מפורש לבדיקת טיב עילתו של התובע. זוהי אף גישתו של השופט אלון בע"א 52/79 **סולימני נ' בראונר**.[67] לגישתו, יש לבחון בדיון נפרד, לפני היכנס בית המשפט לבירור התובענה ממש, "אם מצויה הוכחה לכאורה בדבר קיומה של עילת תביעה מטעם החברה כנגד מנהל הנתבע". מבחן לבדיקת טיב העילה כחלק מאישור תובענה נגזרת ניתן למצוא גם בפסיקה האנגלית,[68] ולדידנו היה רצוי לאמצו במפורש גם בחוק החברות החדש.

הטלת הוצאות הנתבע על התובע

כאמור, בספרו, שהיווה את הבסיס לחקיקת חוק החברות, הציע פרופ' פרוקצ'יה להסמיך את בית המשפט לחייב את התובע במתן ערובה להוצאות הנתבעים כתנאי מוקדם להגשת התביעה הנגזרת.[69] לדעתו, אין מדובר בהצעה חדשנית וחסרת תימוכין, והוא תומך הצעה זו בהסדרים דומים במשפט המשווה.[70] ברצוננו להתייחס כאן לדבריו אלו.

ראשית, הסעיפים שאליהם הפנה פרופ' פרוקצ'יה כתומכים בהצעתו,[71] הם בגדר חריגים ויוצאים מן הכלל במשפט האמריקני. רוב התביעות הנגזרות בארצות־הברית מוגשות על פי החוק הפדרלי. על פי חוק זה, המתווה את הכלל, אין סמכות להטיל ערובה.

בנוסף, עיון בחקיקה שאליה הפנה פרופ' פרוקצ'יה מגלה, כי חוקים אלו אינם תומכים בשיטתו המוצעת. סעיף 627 לחוק החברות של ניו־יורק קובע כי אלא אם התובע הוא בעל מניות המחזיק יותר מ־5% מהמניות או זכויות אחרות בחברה; או שהוא מחזיק ביותר מכל קבוצה אחרת של בעלי זכויות; או שזכויותיו בחברה הן בעלות ערך הגבוה מ־$50,000 – אזי החברה רשאית בכל שלב בהליך עד לפסק הדין הסופי לדרוש מהתובע להמציא בטוחה להוצאותיה הסבירות, לרבות שכר טרחת עורך־דין, שהוציאה בקשר לתביעה; ושיעור הבטוחה מסור לשיקול דעת בית המשפט. מטרת סעיף זה היא למנוע את בירורן של תביעות שמגישים נציגים קטנים מדי. הוא נועד להבטיח את הוצאות החברה שהתובע הוא בעל מניות בה – ורק משום שלא ניתן לחייבה להצטרף כתובעת היא נחשבת כנתבעת בהליך – אך אינו מתייחס לנתבעים המהותיים. יש לשים לב כי

67 פ"ד לה(3) 617.

68 הערה 60 לעיל.

69 פרוקצ'יה, הערה 49 לעיל, בעמ' 413–414.

70 שם, בהערת שוליים 34.

71 N.Y. Bus. Corp. Law § 627 (להלן: סעיף 627 לחוק החברות של ניו־יורק); Cal. Corp. Code § 800(c)-800(f) (להלן: סעיפים 800(c)-800(f) לקוד החברות של קליפורניה).

nevo.co.il

הערבות בחוק זה כלל אינה לטובת הנתבע אלא לטובת החברה. כמו כן, אין חובה להמתין עם הטלת הערבות עד לאישור התביעה הנגזרת. החברה רשאית לדרוש זאת מהתובע אף עוד בטרם אושרה התביעה הנגזרת, בכל שלב של הליך. לפיכך, אין סעיף זה יכול לשמש כמשענת תומכת להצעתו של פרופ' פרוקצ'יה או לנוסח הסופי שהתקבל בחוק החברות.

סעיפים 800(c) עד 800(f) לקוד החברות של קליפורניה מאפשרים לכל נתבע, ולא רק לחברה, לדרוש ערובה. לפי סעיף 800(c) לקוד החברות של קליפורניה ניתן לחייב את התובע לתת ערובה על בסיס אחד מהטיעונים הבאים: (1) אין אפשרות סבירה שהתביעה תועיל לחברה או לבעלי המניות;[72] (2) המבקש, אם אין הוא החברה עצמה, לא השתתף בצורה כלשהי בעסקה נשוא התביעה. נראה כי מטרת סעיף זה, שעליו נסמך פרופ' פרוקצ'יה, היא למנוע מתביעות חסרות סיכוי להתברר. כאן עולה כמובן השאלה – מדוע מלכתחילה יש לאשר את הגשתן? הסעיף הקליפורני מזכיר מעט את ההליך בסדר דין מקוצר כאשר הגנתו של הנתבע קלושה. בית המשפט נוטה להעניק רשות להתגונן בכל מקרה שבו מגלה התצהיר המצורף לבקשת הרשות להתגונן הגנה אפשרית (ולו גם קלושה) בפני התביעה.[73] אולם, נראה כי בהליך של סדר דין מקוצר מוצדק יותר, בהשוואה להליך של תביעה נגזרת, לאפשר להתגונן אף אם ההגנה נראית קלושה, לאור הזכות הבסיסית להתגונן ששיטת המשפט שלנו מכירה למתדייניה.

נראה לנו, אם כן, כי לשיטתו של פרופ' פרוקצ'יה אין תקדים עולמי, בניגוד לטענתו. עם זאת, אנו בהחלט תומכים בה וסבורים כי היא מוצדקת וראויה,[74] גם מבלי שיהיה לה אח ורע בעולם.

הטלת הוצאות הנתבע על החברה

מעיון בסעיף 199 לחוק החברות, ובמיוחד בסעיפים קטנים (2) ו־(3), מתעוררות כמה שאלות, והראשונה בהן מתייחסת להסדר מרחיק־הלכת שמציע סעיף 199(3):

> להטיל על החברת או על התובע להפקיד ערובה לכיסוי הוצאות הנתבע.
> (ההדגשה הוספה)

לפי סעיף זה מוסמך בית המשפט לחייב את החברה – ולא רק את התובע הנגזר שיזם את ההליך – לתת ערובה לכיסוי הוצאות הנתבע. מתבקשת אפוא השאלה מדוע תוטל חובת הערבות על החברה? הרי לא היא יזמה את ההליך, ואף ניתן לומר כי נגררה אליו

72 האין זה למעשה סוג של מבחן לבדיקת טיב העילה? התייחסנו לסוגייה זו בראשית מאמרנו, בהקשר של תביעת הייצוג הקבוצתית. נשוב ונדון בה בהמשך, בהקשר של התביעה הנגזרת.

73 הלכה זו מופיעה בפסקי דין רבים, ראו למשל: ע"א 544/81 קיהל נ' סוכנויות מכוניות לים התיכון, פ"ד לו(3) 518.

74 מאותן הסיבות שפירטנו בעניין זה בחלק הראשון של המאמר (בסעיף ב.6(ב) לעיל), בדבר דרישת הערובה בהליך התובענה הייצוגית.

nevo.co.il

בעל כורחה. הדבר בולט ביותר אף לנוכח ההשוואה להצעת חוק החברות. סעיף 242(2) להצעת חוק החברות קובע כי בית המשפט רשאי:

> ...להטיל על התובע להפקיד ערובה בשיעור שיקבע בית המשפט לכיסוי הוצאות הנתבעים (ההדגשה הוספה).

לפי הצעת החוק אין אפשרות לחייב את החברה במתן ערובה, כפי שנקבע בנוסח הסופי של החוק. מדוע, אם כן, החליט המחוקק להטיל חובה זו גם על החברה? ייתכן כי ניסיון לאזן את חוסר השוויון בין החברה, כארגון רב־עוצמה, לבין הנתבע הוביל למהלך זה, אולם כלל לא בטוח שזהו מהלך מוצדק. חוסר השוויון ביחסי הכוחות קיים כמעט בכל תביעה של תאגיד גדול נגד נתבע פרטי, אולם המשפט אינו קובע כללים מיוחדים למצב זה. לא זו אף זו: הבדלי הכוחות בולטים ביותר גם בהליך התובענה הייצוגית, אולם לגבי הליך זה לא מופיעה בחוק החברות כל דרישה לערבות, ואף לא בדברי חקיקה אחרים המסדירים תביעות ייצוג קבוצתיות.

האפשרות שנתבע אחד (החברה) יחויב בכיסוי הוצאותיו של נתבע אחר אינה מנוגדת לדין הקיים במשפטנו. על אף שהדבר אינו שכיח, תקנות סדר הדין האזרחי[75] אינן מונעות מנתבע אחד לערוב להוצאותיו של נתבע אחר. לפיכך, העובדה שמעמדה הרשמי של החברה בהליך התביעה הנגזרת הוא מעמד של נתבעת איננה מהווה מכשלה בפני חיובה בהוצאות נתבע אחר. ביקורתנו על הסעיף מתמקדת אפוא במישור של אי־הצדק שנגרם לגוף הנגרר בעל כורחו להליך משפטי, ומלבד הוצאות הגנתו שלו חשוף הוא להוצאות כבדות נוספות.

ייתכן שניתן לפרש הסדר זה באופן שונה במקצת. אנו מיהרנו להסיק כי העובדה שעל החברה להפקיד ערובה לטובת הנתבע מלמדת על חובתה לשאת בהוצאותיו במקרה של כשלון התביעה; אולם ייתכן שניתן לייחס לסעיף 199(3) לחוק החברות פירוש אחר. דרך נוספת להבנת הסעיף היא, כסעיף המעניק סמכות לבית המשפט להעמיד את החברה במעמד של ערבה לתובע.

התובע שנכשל בתביעתו הוא הנושא בנטל הוצאות הנתבע, על פי הנהוג במשפטנו. אולם, כדי להגן על הנתבע במקרים שבהם התובע אינו משלם את המוטל עליו, יהא הנתבע רשאי להיפרע מן הערבה – החברה, ואילו היא תוכל להיפרע מידי בעל המניות התובע ללא קשר ומבלי לערב את הנתבע בדבר. הסבר זה עשוי להתיישב היטב עם הרצון להגן על הנתבע מפני תביעות בלתי־מוצדקות, ובכך להמעיט את החשש מפניהן, הנובע מהעדר הליך מסנן מקדמי כפי שיש בתובענה הייצוגית.

הטלת הוצאות החברה על התובע

כביכול, אין כל דבר חריג בהטלת הוצאותיו של אחד הנתבעים – החברה במקרה זה – על התובע במקרים שבהם הוא נכשל בתביעתו. אולם, מעמדה המיוחד של החברה בסוג

75 ראו תקנה 511.

nevo.co.il

זה של תביעות מחייב בכל זאת התייחסות מיוחדת. הרי תביעתו של התובע נועדה להיטיב גם עם החברה, ולו היה זוכה בה הייתה החברה נהנית מפרי הצלחתו. עם זאת נראה לנו כי לא ניתן להסיק מכך את ההפך – שאת כישלונו של התובע בהליך יש לראות אף הוא כהצלחתה של החברה. כלומר: בכישלון התביעה הנגזרת יש משום הכרזה על צדקתה של החברה בכך שלא יזמה את הליך בעצמה ואף סירבה להצטרף אליו כתובעת. מתוך ראייה כזו של הדברים, הטלת הוצאות החברה על התובע נראית מוצדקת ביותר, וחוק החברות החדש אכן מאפשר זאת בסעיף 200. הסעיף מנחה את בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו: ...בשים לב לפסק הדין וליתר נסיבות העניין.

ניסינו לנתח את משמעותה של הנחיה זו כאשר עסקנו בסוגיית הטלת הוצאות התובע על החברה במקרה של הצלחת תביעתו. כעת עלינו לנסות ולהבין את משמעותה בהקשר של כשלון התביעה. ניתן לגייס לשם כך את נוסח הצעת חוק החברות. סעיף 243(ב) להצעת חוק החברות[76] מפרט את המקרים שבהם ניתן להטיל על התובע את תשלום הוצאות החברה. מדובר בשלושה מקרים בלבד:

(1) בית המשפט פסק נגד התובע בתביעה נגזרת;
(2) בית המשפט סבר כי הסעד הכספי שנפסק לטובת החברה אינו שקול כנגד הנזק שנגרם לחברה בשל הגשתה וניהולה של התביעה;
(3) בית המשפט פסק כי הופרה זכותה של החברה אך לא פסק לה סעד כספי, או שפסק לה סכום הנמוך ממחצית סכום הנזק שנטען בכתב בתביעה.

הנה, נראה כי הצעת החוק מרמזת על קיומו של רצף שבקצהו האחד – זכייה מוחלטת בתביעה, המזכה את התובע במלוא הוצאותיו, ובקצהו האחר – כישלון מוחץ של התביעה, המחייבת את התובע בנשיאה במלוא הוצאות החברה. בין שני קצוות אלו קיימת אפשרות של זכייה חלקית בתביעה – לעתים מדובר בזכייה בחלק כה קטן מהסכום הנתבע, עד כדי ביטול כל הצדקה כלכלית להגשת התביעה, ולעתים בסכום שאינו מכסה את העלויות והנזקים שנגרמו כתוצאה מניהול המשפט.

כאשר עסקנו לעיל באפשרות להפחית את הוצאות התובע במקרה של זכייה בתביעה התייחסנו לרצף המוזכר כאן. על בסיס אותם שיקולים שהעלנו שם, ניתן לטעון גם כי בית המשפט מוסמך אפילו לחייב תובע שזכה בתביעתו בתשלום הוצאות החברה.

בנוסח הסופי של חוק החברות ניתנה לבית המשפט סמכות כללית להטיל על התובע תשלום הוצאות שנגרמו לחברה ואף להפך; אך הקריטריונים הברורים שלפיהם רשאי בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו הוחלפו בהנחיה כללית ועמומה. מחד גיסא ניתן ללמוד על כוונת המחוקק מן האמור בהצעת החוק, אך מאידך גיסא ניתן להבין מכך שהמחוקק סירב לקבוע מסמרות והעדיף להשאיר סוגיה זו לשיקול דעתו של בית המשפט. בית המשפט מוזמן להביא בשיקול דעתו הן את הרעיונות המובעים בהצעת

76 ה"ח התשנ"ו, בעמ' 74.

nevo.co.il

החוק והן את הפסיקה העוסקת בהטלת הוצאות במקרה של זכייה חלקית או בלתי־כדאית, כפי שהזכרנו לעיל.

בהרצאתו ביום העיון לזכרו של פרופ' אהרן יורן ז"ל הסביר פרופ' פרוקצ'יה כי קברניטי הצעת חוק החברות השתדלו להנהיג בחוק החדש מגמה של הכוונת בית המשפט באמצעות כללי יסוד ברורים. לפיכך, נקבעו בהצעת החוק קריטריונים להפעלת שיקול דעתו של השופט. אולם נראה, כי כתוצאה מחילוקי דעות במהלך תהליך החקיקה הפכו "הקריטריונים" עמומים ופתוחים לשיקול דעת רחב ביותר.[77]

בכך באה שוב לידי ביטוי מגמת המחוקק, המנוגדת לשיטתו של פרופ' פרוקצ'יה, להרחיב את שיקול דעתו של בית המשפט כמעט ללא הגבלה, באופן הפוגע, לעניות דעתנו, בוודאות וביעילות של השימוש במכשירים הדיוניים שבהם עסקנו.

ד. אחרית דבר

בראשית מאמרנו ציינו את כוונתנו לסקור, להאיר ולבקר את החידושים בתחום התובענה הייצוגית ובתחום התביעה הנגזרת, כפי שהם באים לידי ביטוי בחוק החברות החדש. בירכנו על כך שהמחוקק בחר להרחיב את פתח הכניסה להליכי התובענה הייצוגית על פי החוק החדש, בהשוואה למצב שהיה קיים בחוק ניירות ערך, בכך שהוסרה ההגבלה הישנה שלפיה חייב הנציג להיות בעל נייר ערך וכיום די שתהיה לו זיקה בלבד לנייר הערך. שמחנו לגלות כי מידת הוודאות הנדרשת להוכחת קיומם של התנאים להגשת תובענה ייצוגית הועמד על ידי המחוקק על רף ה"לכאוריות", ובכך בוטלה למעשה המגמה המחמירה של בית המשפט, שדרשה מידת שכנוע גבוהה יותר, המצמצמת את אפשרות השימוש במכשיר זה. בירכנו על כך שהתביעה הנגזרת – שהייתה עד למועד חקיקת החוק נחלתה של ההלכה הפסוקה בלבד – עוגנה באופן מפורש בחקיקה, ושהובהרו הכללים להגשתה ולניהולה. כמו כן שיבחנו את בחירת המחוקק, בהסתמך על הצעתו של פרופ' פרוקצ'יה, להסמיך את בית המשפט לחייב את התובע בתביעה הנגזרת בהפקדת ערובה.

עם זאת, בצד השבחים, אנו חשים כי הסדרים רבים לוקים בחסר ואפילו נעדרים כליל. דוגמא לכך שהמחוקק נוטה לצעוד בכיוון הנכון אך חושש לצעוד בו את המרחק הנכון ניתן למצוא, למשל, במגמה להרחיב את קהל בעלי ההרשאה להגשת תובענה ייצוגית מבעלי נייר ערך לבעלי זיקה זהה לנייר ערך. קשה להבין מדוע קבע המחוקק את הגבול דווקא שם, ודרש לכלול את הגבלת זהות הזיקות. כמו כן, הכיוון של הגברת הפיקוח על התובענה הייצוגית באמצעות יידוע היועץ המשפטי לממשלה ורשות ניירות ערך הוא כיוון חשוב ונחוץ, אולם גם כאן לא הלך המחוקק את ה"מייל הנוסף" החיוני, הלא הוא הסדרה מפורשת של תפקידם בהליך. נוסף על כך, בתחום התביעה הנגזרת הגדיל

77 פרוקצ'יה, הערה 54 לעיל, בעמ' 305.

nevo.co.il

המחוקק לעשות כאשר הסמיך את בית המשפט לחייב גם את החברה בתשלום הוצאות התובע במקרה של זכייתו בתביעה – אולם לא טרח להרחיב ולפרש את הנסיבות לכך. כך גם נותרה עמימות מרובה בשאלת הענקת הגמול לתובע בתביעה נגזרת – סוגייה שעצם הסדרתה אמנם מבורכת, אך אופן הסדרתה לוקה בחסר – וזאת הן לגבי עצם הזכאות לגמול והן לגבי שיעורו.

בין הנושאים שכלל לא הוסדרו בחוק החדש ושראוי היה, לדעתנו, לנצל הזדמנות חשובה זו כדי להסדירם, ניתן למצוא את סוגיית האגרה בהליכי התובענה הייצוגית, את שאלת האחריות לנשיאה בהוצאות הליך כושל ואת סוגיית הפקדת הערובה על ידי הנציג התובע. כמו כן, בתחום התביעה הנגזרת חשוב היה, לטעמנו, לנצל את ההזדמנות של חקיקה מפורשת, ולהסדיר גם את תשלום הוצאות החברה על ידי התובע במקרה שהפסיד בתביעתו הנגזרת.

כאמור, חוק החברות בכלל, ומנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת שבו בפרט, הם נושא חדש ובתולי עדיין, שטרם נבחן דיו על ידי הפסיקה וטרם עוצב על ידה. הוא מאופיין בהעברת כובד משקלה של ההחלטה בדבר הפעלתו, פירושו ויישומו אל בית המשפט. ניתן אמנם להתייחס לבחירה זו של המחוקק כמעשה שנועד להביע את אמונו במערכת המשפט וכניסיון אמיץ שלא לכבול את ידיה; אך בבחירה זו, כאשר מדובר בתחום המצוי עדיין בחיתוליו, טמונה, לעניות דעתנו, גם סכנה – סכנה של חוסר ודאות בדבר הכלל הנוהג בסוגייה זו או אחרת, סכנה של חוסר אחידות בפרשנות המנגנונים המופיעים בחוק וסכנה של פסיקות בלתי־קוהרנטיות ואף סותרות.

שאלת תפקידו של בית המשפט לעומת תפקיד המחוקק היא שאלה סבוכה ומורכבת מתחום תורת המשפט, ולא זה המקום להרחיב בה. אולם עלינו להודות כי מרב ביקורתנו נשענת על הנחתנו הבסיסית כי תפקידו של המחוקק הוא לקבוע כללים, ואילו תפקידו של בית המשפט הוא ליישמם, וכי מטעמים רבים (טעמים מוסדיים, טעמים של צדק וטעמים פרוצדורליים) רצוי ככל האפשר להימנע ממצב שבו מוטל על השופט לחוקק בעצמו. לדאבוננו, בצד ההסדרים הבהירים והמקיפים המופיעים בפרקים העוסקים בתובענה הייצוגית ובתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש, לוקים אחדים מההסדרים בעמימות ואף בהעדר מוחלט, העשויים לאלץ את השופט הדן בהם לבצע תפקיד אשר נועד למחוקק.

nevo.co.il

nevo.co.il