

תובענה והצבעה ייצוגית בהליכי חדלות פירעון

מאת

ברק ירקוני ואלעד מן*

ברשימה זו נציע לראשונה לאפשר את הגשתן של תובענות חוב ייצוגיות במסגרת הליכי פירוק, הקפאת הליכים או הסדר חוב של חברה. על פי המתווה המוצע, תובע ייצוגי שיוכר לעניין זה יהיה רשאי לייצג קבוצת בעלי חוב בעלי מאפייני נשייה דומים לשלו אשר נמנעו מלהשתתף בעצמם בהליך חדלות הפירעון. התובע הייצוגי יהיה רשאי לפעול בשם כל חברי הקבוצה, להגיש בשמם תביעת חוב ייצוגית, לנהל משא ומתן מטעמם, להשתתף באספות החוב ואף להצביע בשמם במסגרת החלטות לאישור, או לדחיית, הסדרי חוב אפשריים. המנגנון של תביעת חוב ייצוגית יאפשר לרפא את הפגם ואת החסך הנובע מהמציאות המשפטית הקיימת, שבמסגרתה קבוצות נושים לא מובטחים נמנעות מהשתתפות פעילה בהליך חדלות הפירעון בשל חסמים שונים ובעיקר בשל העלויות הכרוכות בכך, יעניק לקבוצות הנושים ייצוג מקצועי ומנגנון להצבעה ולקבלת החלטות קולקטיביות, ירתיע חברות נתבעות מפני ביצוע עוולות כלפי קבוצות נושים ויתקן את העיוות הקיים בתמונה של מצבת חובות החברה ואת ההטיה בחלוקת הנשייה בין הנושים השונים.

מבוא. א. הקושי לנהל תובענה ייצוגית מחוץ להליכי חדלות פירעון. 1. עקרון ריכוז התביעות בתיק חדלות הפירעון והחריגים לו; 2. דחיית הבקשות לניהול תובענה ייצוגית מחוץ להליכי חדלות הפירעון. ב. תביעת חוב ייצוגית – בראי תכליות התובענה הייצוגית. 1. בעיית תמריצי החסר של קבוצת הנושים; 2. ההרתעה בתביעת החוב הייצוגית; 3. יעילות הדיון ומתן סעד הולם לנפגעים. ג. תביעת חוב ייצוגית - בראי תכליותיהם של דיני חדלות הפירעון. 1. חסכון בעלויותיו של הליך חדלות הפירעון; 2. הבטחת עקרון השוויון בין הנושים; 3. הסדרת היחסים בין חברי קבוצת הנושים. ד. יישומו של מנגנון תביעת החוב הייצוגית בישראל. 1. האפשרות להגשת תביעת חוב ייצוגית במסגרת תיק חדלות הפירעון; 2. יישום תביעת החוב הייצוגית בפועל. ה. אחרית דבר.

* ברק ירקוני הוא מרצה מן החוץ ותלמיד מחקר לתואר שלישי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב; עורך הדין אלעד מן הוא מרצה מן החוץ במוסדות אקדמיים שונים ותלמיד מחקר לתואר שלישי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, עוסק במשפט מסחרי-בין-לאומי ומשמש היועץ המשפטי של "הצלחה – התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת" (ע"ר). הכותבים מבקשים להודות לשי נ' לביא, לשרון חנס, לאבי טבח, לכבוד השופט דן סעדון, לשי קידר, להדר נאות, לירון ארבל, לאבנר כהן ולגרגורי קורצ'מני על הערות, הארות והצעות מועילות. כן מבקשים המחברים להודות לכבוד הנשיא (בדימוס) אשר גרוניס, לנשיא דוד חשין ולשאר משתתפי הכינוס השנתי של האגודה למשפט וכלכלה לשנת 2016, שנערך ביום הערותיהם השונות וכן למשתתפי הכינוס השנתי של האגודה למשפט פרטי לשנת 2017, שנערך ביום 14.3.2016 באוניברסיטת בר-אילן ולמשתתפי הכינוס השנתי של האגודה למשפט פרטי לשנת 2017, שנערך ביום 15.6.2017 במרכז האקדמי למשפט ועסקים.

מבוא

"טרם חוקק חוק תובענות ייצוגיות, ציין בית המשפט כי בתחום זה 'ראוי לה להלכה שתפתח עקב בצד אגודל...' [...] תשע שנים לאחר חקיקת החוק, סבורני כי צברנו די ביטחון במוסד התובענה הייצוגית כדי לצעוד קדימה צעד נוסף ולהצליח להתמודד עם הליכים משפטיים מורכבים יותר, דוגמת תובענות ייצוגיות שבהן מוגשת הודעה לצד שלישי. עם ריבוי של תובענות ייצוגיות בנוף המשפטי הישראלי, אין זה פלא שיותר ויותר נתבעים מתדפקים על דלתות בית המשפט ומבקשים כי יתאפשר להם למצות את זכויותיהם בהגשת הודעה לצד שלישי"¹.

דברים אלו של הנשיא (בדימוס) אשר גרוניס באחד מפסקי הדין האחרונים אשר יצאו מתחת ידו משקפים את כיוון ההתפתחות של מוסד התובענה הייצוגית. בכיוון זה אנו מבקשים ללכת גם ברשימה זו. הניסיון והביטחון שצבר מוסד התובענה הייצוגית במהלך השנים האחרונות מביאים עמם רצון ויכולת לצעוד צעד נוסף קדימה, כלשונו של הנשיא גרוניס, ולהתמודד עם הליכים משפטיים מורכבים יותר. לצד חידושים ופיתוחים פרודורליים שונים, כדוגמת הודעה לצד שלישי, אנו מציעים להביא לכינון מוסד התובענה הייצוגית גם בכל הנוגע להליכי חדלות הפירעון.

כיום אין אפשרות מעשית להמשיך בהליכי תובענה ייצוגית מרגע שהחברה הנתבעת נקלעת להליך של חדלות פירעון.² מניעות זאת נובעת מהעקרון הכללי של עיכוב ההליכים בחדלות פירעון והפניית כל נושה להגשה עצמאית של תביעת חוב אישית לבעל התפקיד מטעם בית המשפט. ברם הזכות האישית של כל נושה להגיש בעצמו תביעת חוב אינה מעשית בנסיבות של תובענה ייצוגית. עקרונית קיימת אפשרות תאורטית לפנות אל בית המשפט ולבקש רשות מיוחדת להמשיך ולנהל את התביעה הייצוגית מחוץ לתיק חדלות הפירעון.³ אולם עד היום סירבו בתי המשפט בעקביות להעניק רשות זו.⁴ לפיכך קבוצות נושים בהליכי חדלות הפירעון אינן יכולות כיום לממש את זכויותיהן מימוש קולקטיבי. כמענה למצב המשפטי שנוצר הצעתנו היא לאפשר לראשונה בישראל הגשתן של תביעות חוב ייצוגיות במסגרת הליכי חדלות פירעון.

1 רע"א 5635/13 קורליתל בע"מ נ' רו, פס' 55 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס (פורסם בנבו, 1.4.2015).

2 בחיבור זה, הכוונה בהליכי חדלות פירעון הנה להליכי פירוק או להליך הסדר חוב או פשרה למטרת הבראת החברה ('הקפאת הליכים') בלבד. הליך לכינוס נכסים מכוח שיעבוד צף אינו רלוונטי לענייננו, שכן ברגיל בהליך זה לא מוגשות תביעות חוב מטעם נושים לא מובטחים. בנוסף, את מסקנות מאמר זה ניתן לכאורה להרחיב וליישם גם לגבי הליכי חדלות פירעון של יחידים. נזכיר כי חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 אינו שולל הגשת תביעות ייצוגיות כנגד יחידים, אולם האפשרות הרווחת יותר היא תובענה ייצוגית המוגשת כנגד תאגיד, ובכך עוסק מאמר זה.

3 ראו פרק א.1 להלן.

4 ראו פרק א.2 להלן.

הרעיון שבבסיס רשימה זו חדשני לשיטת המשפט הישראלית. על פי המתווה שאנו מציעים, תביעת חוב ייצוגית תוגש על דרך של הגשת בקשה לאישור תביעת חוב ייצוגית אשר תידון ותאושר בבית המשפט הדין בתיק חדלות הפירעון לפי הכללים והעקרונות של חוק תובענות ייצוגיות.⁵ לאחר שתאושר תביעת החוב הייצוגית, יהיה התובע הייצוגי רשאי לייצג קבוצה של נושים שנשייתם קשורה בשאלה משותפת של עובדה או משפט, להגיש בשמם תביעת חוב ייצוגית, לנהל מטעמם משא ומתן ואף להצביע באספות חוב בשם כלל חברי הקבוצה המיוצגת. בישראל לא נידונה עד היום אפשרות שכזו לניהול הליך ייצוגי במסגרת הליכי חדלות הפירעון למרות הצורך הרב לטעמנו והתועלת הרבה הטמונה בהליך ייצוגי גם בניסיונות אלו.

חוק תובענות ייצוגיות מצייין בסעיפו הראשון ארבע מטרות שונות הקיימות בבסיס מכשיר התובענה הייצוגית:⁶ (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. אנו נטען כי כל ארבע המטרות הללו קיימות גם במקרה של תביעת חוב ייצוגית במסגרת הליכי חדלות פירעון.

נבקש להדגים עניין זה באמצעות הדוגמה הזאת: נניח כי חברה הנפיקה התחייבויות כספיות דומות ("שוברים" או "תלושים") על סך של 100 ש"ח כל אחת לקהל לקוחותיה הצרכניים המונה קבוצה של 50,000 נושים. לאחר הנפקת השוברים וקבלת התמורה בגינם נקלעה החברה לקשיים, והיא מתקשה לעמוד בהחזר חובותיה ובמילוי התחייבויותיה. בשל כך לבית המשפט מוגשת בקשה להקפאת הליכים לשם מימוש תכנית הבראה והסדר חוב. בית המשפט ממנה לחברה בעל תפקיד, נאמן, הקורא לנושי החברה להגיש תביעות חוב מטעמם. לכאורה יש לצפות שנושי החברה האוחזים באותם שוברים יתבעו את נשייתם באמצעות הגשת תביעות חוב לנאמן. אולם במצב דברים שכזה סביר להניח כי רק מיעוט קטן מקרב אותם נושים האוחזים בנשייה של 100 ש"ח בלבד יטרח להגיש תביעת חוב אישית, וכך חלק ניכר מכלל הנשייה של קבוצה זו ירד לטמיון.

אנו נטען כי מתן רשות לנושה מייצג להגיש בשם כלל חברי קבוצה תביעת חוב ייצוגית: (1) תעניק לחברי הקבוצה גישה נוחה יותר להליך חדלות הפירעון; (2) תוביל לאכיפה של חוב החברה כלפי לקוחותיה ובכך תיצור אכיפת הדין והרתעה; (3) חברי הקבוצה יזכו להשתתף בהליך הסדר החוב ולכן יזכו לקבל את חלקם היחסי מהתמורה בהסדר; (4) יקודם עקרון היעילות בכך שהנאמן מטעם בית המשפט יקבל לטיפולו תביעת חוב אחת, קולקטיבית בשמם של כל חברי הקבוצה במקום לטפל בעשרות אלפי תביעות חוב זהות, וכך יוכל הנאמן לקדם את ההליך ולמצותו ביעילות ובהוגנות.

סדר הפרקים במאמר זה הוא כדלקמן: בפרק הראשון נעמוד מחד על האפשרות הדיונית, התאורטית, להמשיך בהליכי תובענה ייצוגית גם לאחר שהחברה נקלעה להליכי

5 חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

6 לעניין מטרות הליך התובענה הייצוגית ראו, בין היתר, ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון ראבי, פס' 21 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 4.12.2011); רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 783-784 (1996); ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי שמש, פ"ד סב(2) 437, פס' 8-13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2007).

חדלות פירעון בדרך של הליך נפרד וחיצוני לתיק חדלות הפירעון, ומאידך נצביע על הסירוב העקבי של בתי המשפט לאפשר לנהל הליך זה. בפרק השני נדון במנגנון תביעת החוב הייצוגית בראי תכליות התובענה הייצוגית. אנו נראה כי בנסיבות של הליך חדלות הפירעון בעיית תמריצי החסר של קבוצת הנושים חמורה במיוחד, ומכאן שהליך ייצוגי נחוץ ביותר. אנו נראה כי מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע אכן יוצר הרתעה כלכלית יעילה כלפי החברה הנתבעת, בעלי מניות ומנהלים, ויתמרץ למנוע מראש הפרות חוק כלפי קבוצת הנושים. אף ניגע בקצרה בתכליות היעילות הדיונית ומתן סעד הולם לנפגעים. בפרק השלישי נבקש לדון בתביעת החוב הייצוגית בראי הליך חדלות הפירעון. אנו נראה כי מנגנון תביעת החוב הייצוגית צפוי לחסוך בעלויות הליך חדלות הפירעון, לקדם את השוויון ולסייע להסדרה ראויה יותר של מערכת היחסים בין קבוצות הנושים השונות בהליך. בפרק הרביעי נבקש לדון ביישום המנגנון של תביעת החוב הייצוגית בישראל. נציע לפרש את הדין הקיים פירוש שיאפשר הגשת תביעות חוב ייצוגיות ונסיים בכמה שאלות המתעוררות בקשר ליישום תביעת החוב הייצוגית בפועל.

א. הקושי לנהל תובענה ייצוגית מחוץ להליכי חדלות פירעון

1. עקרון ריכוז התביעות בתיק חדלות הפירעון והחריגים לו

תובע ייצוגי מבקש להגיש, או להמשיך בהליך, של תובענה ייצוגית נגד נתבעת אשר נקלעה להליך של חדלות פירעון. האם הדבר האפשרי?

לאחר קבלת בקשת הפירוק או בקשה להקפאת הליכים מורה הדין על הקפאת הליכים אוטומטית נגד החברה:⁷ כל ההליכים המשפטיים התלויים ועומדים כנגד החברה יעוכבו ולא ניתן יהיה להמשיך בהם או לפתוח בהליכים משפטיים חדשים, אלא באישור בית המשפט. ההיגיון של הוראה זו נעוץ בצורך בבירור מרוכז של כל חובות והתחייבויות החברה, תחת קורת גג אחת. מרגע שחברה נקלעה להליך חדלות פירעון, כל הליכי בירור חובות החברה מכוונסים יחד אל הליך אחד ואל תיק בית משפט אחד, תחת ניהולו של בעל התפקיד מטעם בית המשפט.⁸ בתי המשפט חזרו על הלכה זו וקבעו כך פעמים רבות.⁹

7 ס' 267 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, קובע כי "משניתן צו פירוק, או משנתמנה מפרק זמני, אין להמשיך או לפתוח בשום הליך נגד החברה אלא ברשות בית המשפט ובכפוף לתנאים שיקבע". ס' 350(ב)(1) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, קובע: "הוגשה בקשת הבראה, רשאי בית המשפט, אם שוכנע כי יהיה בכך כדי לסייע להבראת החברה, לתת צו ולפיו במשך תקופה שלא תעלה על תשעה חודשים, לא יהיה ניתן להמשיך או לפתוח בשום הליך נגד החברה אלא ברשות בית המשפט ובתנאים שיקבע". אמנם הסמכות להקפאת הליכים היא סמכות שברשות, אולם בפועל כמעט כל הליכי ההבראה בישראל מלווים בהקפאת הליכים.

8 כל אותן תביעות שהוקפאו יתבררו באמצעות מתווה פרוצדורלי מיוחד, שבמסגרתו הנושים מגישים לבעל התפקיד שמינה בית המשפט תביעות חוב מטעמם, ובעל התפקיד בודק את תביעות החוב ומכריע בהן, בכפוף לזכות ערעור לבית המשפט של תיק חדלות הפירעון.

9 ראו לדוגמה ע"א 505/62 שותפות אחים מאיר, חיפה נ' מפרק חברת אשראי לעם בע"מ (בפירוק), פ"ד יז 833, 839 (1963), מפי השופט (כתוארו אז) זוסמן: "[...] עם התחלת הפירוק עוברת המלאכה של בדיקת חובות החברה למפרק, והנושים שאינם רשאים לתבוע בבית-המשפט, רשאים לתבוע על דרך של

עם זאת סעיף 267 לפקודת החברות מעניק לבית המשפט סמכות ושיקול דעת לאפשר לנושי החברה, בנסיבות המתאימות, להמשיך בהליכים משפטיים או לפתוח בהליך משפטי חדש נגד החברה. פסיקת בתי המשפט דנה לא פעם בשאלה מהם המצבים המתאימים שבהם יתאפשר לנושה להמשיך ולנהל הליך משפטי עצמאי בד בבד עם הליך חדלות הפירעון ומחוץ לו.

בתי המשפט קבעו כי רשות להמשיך בהליך משפטי נגד חברה חדלת פירעון תוענק כאשר יוצגו יתרונות לבירור עצמאי של התביעה שיעלו על בירור התביעה בידי בעל התפקיד. יתרונות אלו יכולים לבוא לידי ביטוי כאשר מדובר בהליכים הדורשים מומחיות מקצועית אשר אינה מצויה בידי בעל התפקיד, או כאשר יש ניגוד עניינים אצל בעל התפקיד המונע ממנו לדון בתביעת החוב שהוגשה, או מפאת קיומן של עלויות גבוהות בניהול התביעה בידי בעל התפקיד, ועוד.¹⁰ לדוגמה, בתי המשפט אישרו לנהל תביעות חיצוניות מחוץ לתיק חדלות הפירעון בנושאים הנוגעים לדיני עבודה.¹¹ בתי המשפט אף ניאיתו להסכים בקלות רבה יותר להמשך ניהול הליך מחוץ לתיק חדלות הפירעון כאשר הושגה בעניין זה הסכמה מוקדמת מצד בעל התפקיד מטעם בית המשפט או הכונס הרשמי. לעומת זאת סירבו בתי המשפט לאשר לנהל תביעות נגד חברות חדלות פירעון, מן הטעם שלתביעה נגד החברה צורפו נתבעים נוספים.¹²

הוכחת חוב לפני המפרק [...] הצורך בריכוז הבירורים בידי המפרק אינו טובל פיזור התביעות בבתי המשפט למיניהם [...]; רע"א 8327/07 שוב נ' רוח רוזנבלום, פס' 2 (פורסם בנבו, 31.12.2007): "ביסוד ההוראה שבסעיף ניצבת התפיסה לפיה מעת שהחל תהליך הפירוק יש לרכז את התביעות נגד החברה להליך קולקטיבי אחד המתנהל בפני המפרק, וזאת מטעמים של יעילות ושמירה על שוויון בין הנושים [...]".

10 ראו למשל צפורה כהן פירוק חברות 375 (2000); פר"ק (מחוזי ת"א) 5937-10-13 רוניק פז נבו ר.פ.ן נאמניות 2007 בע"מ נ' חבס השקעות (1960) בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2014) (החלטה בבקשות 6 ו-8) (להלן: פרשת חבס).

11 ראו לדוגמה ההחלטות השונות בתיק פר"ק (מחוזי ת"א) 40721-09-12 מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 16.9.2014) (החלטה בבקשה 83). מעניין כי אף שבדיני עבודה הנטייה הכללית של בתי המשפט היא כן לאפשר המשך ניהול ההליך מחוץ לתיק חדלות הפירעון, כאשר היה מדובר בתובענה ייצוגית שעניינה זכויות עובדים נקטו בתי המשפט דווקא את הגישה הפוכה וסירבו לאפשר את המשך ההליכים. ראו להלן פר"ק (מחוזי ת"א) 2559-08 סוטירין נ' כונס הנכסים הרשמי – מחוז ת"א (פורסם בנבו, 29.12.2009) (החלטה בבקשה 1); פר"ק (מחוזי י-ם) 9052-06-12 אקזיסטורב נ' ארי יוסי – אבטחה ושירותים בע"מ (בפירוק) (פורסם בנבו, 26.5.2013).

12 בנסיבות שבהן לתביעה נגד חברה חדלת הפירעון מצורפים צדדים שלישיים כנתבעים נוספים ניתן לטעון כי יעילות דיונית תושג מתן אישור להמשך ההליכים נגד החברה עם הצדדים השלישיים יחד, שכן לכאורה אין היגיון רב בדרישה מהתובע לפצל תביעה אחת לשני הליכים נפרדים, כאשר התביעה נגד הצדדים השלישיים תמשיך להתנהל כתביעה משפטית רגילה, ואילו התביעה נגד החברה תועבר לדיון כתביעת חוב בפני בעל התפקיד בתיק חדלות הפירעון. ברם בנסיבות כאמור בתי המשפט נוהגים לדחות את הבקשות להמשך הליכים. בתי המשפט קבעו כי המשך הליכים נגד חברה בחדלות פירעון פירושו שהחברה תהיה חייבת להתגונן בבית המשפט ולהקצות לשם כך משאבים כספיים ניכרים. משכך, קיומו של הליך שכזה אינו יעיל. עם זאת נקבע כי אין מניעה שבעלי התפקיד בתיק חדלות הפירעון ישתמשו בפרות ההכרעה השיפוטית בתביעות נגד הנתבעים הנוספים לצורך הכרעתם בתביעת החוב נגד החברה. ראו לדוגמה פרשת חבס, לעיל ה"ש 10, פס' 6-8.

2. דחיית הבקשות לניהול תובענה ייצוגית מחוץ להליכי חדלות הפירעון

הטיעונים השונים הנוגעים להמשך ניהול הליך משפטי מחוץ להליך חדלות הפירעון חזרו והופיעו גם כאשר נדונה האפשרות לנהל תובענה ייצוגית מחוץ לתיק חדלות הפירעון. ברם בפועל, עד היום בכל פסקי הדין וההחלטות אשר עסקו בשאלה זו חזרו בתי המשפט בישראל וקבעו כי לאחר שהחברה נקלעה להליכי חדלות פירעון, אין אפשרות להמשיך בהליך התובענה הייצוגית.

למשל, בעניין TWA¹³ סירב בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו לאפשר לארגון צרכנים להמשיך לנהל הליך בקשת רשות ערעור על החלטה הדוחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת התעופה TWA, בין היתר משום שהליך שכזה ישית הוצאות רבות על קופת הפירוק, ומשום שבאותו המקרה כבר סירב התובע הייצוגי לפרוע חוב הוצאות קודם שנפסק לו לטובת הנושים. בפרשת תבל¹⁴ סירב בית המשפט לאפשר לתובע ייצוגי להמשיך ולנהל בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת הכבלים "תבל". בית המשפט סבר שם כי מרגע שהחברה נקלעה לחדלות פירעון, אין קיימים עוד כל אותם הרציונלים בבסיס מכשיר התובענה הייצוגית, ואין כל מקום להשתמש ב"הנשק הבלתי קונבנציונלי" של התובענה הייצוגית. בעניין חברת אפוד מגן¹⁵ סירב בית המשפט לאפשר המשך ניהולה של תובענה ייצוגית מטעם עובדי חברה אשר נקלעה להליך חדלות פירעון. לדעת בית המשפט, אין התביעה הייצוגית יכולה להיות תחליף לבחינת זכותו הפרטנית של כל אחד ואחד מעובדי החברה. עם זאת אפשר בית המשפט לצדדים ארכה של שלושה חודשים לנהל משא ומתן בין התובע הייצוגי לבין בעל התפקיד.

בפרשת חבס¹⁶ ביקשו מחזיקי אג"ח של חברה קבלנית אשר מונו לה מפרקים זמניים, להמשיך את בירור התובענות הייצוגיות שהוגשו נגד החברה טרם הליך חדלות הפירעון. בית המשפט סבר שאין להיעתר לבקשתם, בציינו כי מטרת סעיף 267 לפקודת החברות הייתה לרכז את מכלול התביעות העומדות כלפי החברה במסגרת דיונית אחת. לאחר כניסת החברה להליך חדלות הפירעון אין מקום להמשיך בבירור תובענה תלויה ועומדת, שכן עלות ניהולה תכביד על קופת הפירוק. בית המשפט אף מצייין כי סירובם של בתי המשפט בישראל לאפשר את ניהול התובענה הייצוגית מחוץ לתיק חדלות הפירעון הפכה לכאורה להלכה נוהגת: "[...] ההלכה הנוהגת בהמשך בירור תביעות ייצוגיות נגד גופים חדלי פירעון ולפיה מחייב האינטרס הציבורי להימנע מהתרת הגשתן של תובענות ייצוגיות כנגד החברה".¹⁷ זאת ועוד, בית המשפט דחה את הבקשה להמשך ניהול התובענה הייצוגית אף

13 בש"א (מחוזי ת"א) 23024/01 עמותת קו חם לצרכן נ' המנהלים המיוחדים לנכסי TWA (פורסם בנבו, 29.1.2002).

14 פש"ר (מחוזי ת"א) 1361/02 ח'טיב נ' תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 7.7.2004).

15 פרשת סוטירין, לעיל ה"ש 11. על הלכה זו חזר בית המשפט המחוזי בירושלים גם בפרשת אקזיסרוב, לעיל ה"ש 11.

16 פרשת חבס, לעיל ה"ש 10.

17 שם, פס' 6.

שהוא היה מודע לכך שללא תובענה הייצוגית לא יהיה מי שיאתר ויקבץ את הניזוקים בתביעה ויכרר בשמם את מידת הנזק הנטען.¹⁸

בפרשת **חבס** הוסיף בית המשפט והתייחס לעוד שאלות העולות בעניין סוגיית המשך ניהול התביעה הייצוגית מחוץ לתיק חדלות הפירעון. ככל הנוגע לתביעות נזיקיות הבחין בית המשפט בין תביעות לסכום קצוב לבין תביעות לסכום שאינו קצוב, אשר לצורך הכרעה בו יש לבחון חוות דעת והערכות באשר לשיעור הנזק.¹⁹ לכאורה, אשר לתביעות בסכום שאינו קצוב הנטייה תהיה להעדיף הליך חיצוני לתיק חדלות הפירעון. עם זאת בית המשפט קבע כי גם כאשר מדובר בסכומים לא קצובים, היות שמדובר בסכומים "בני תביעה",²⁰ ניתן לתבוע אותם במסגרת תביעת חוב, ולפיכך אין מקום לאפשר ניהול תובענה ייצוגית בגינם.²¹

לסיכום, בפני בתי המשפט עלתה לדיון, במספר רב של הזדמנויות, השאלה אם ניתן להמשיך בניהול הליכי תובענה ייצוגית מחוץ לתיק חדלות הפירעון. עד היום חזרו בתי המשפט ושללו אפשרות זו בעקביות.

בפרקים הבאים נתייחס אל חלק מהנימוקים שהזכירו בתי המשפט בקשר לדחיית האפשרות להגשת תובענה ייצוגית כאשר הנתבעת מצויה בחדלות פירעון. לעניין זה נתייחס בהרחבה אל הטענה שלפיה מרגע שנכנסה החברה לחדלות פירעון, הטעמים אשר מצדיקים את הגשתה של תביעה ייצוגית בטלים. דומה כי טענה מעין זו התבססה על ההנחה שלפיה כאשר חברה היא חדלת פירעון, מתן אישור לניהול תביעה ייצוגית כנגדה לא יוביל להרתעת החברה ובעלי מניותיה מפני הפרות חוק, אלא יפגע אך ורק בכיסם של יתר הנושים שאמורים לחלק ביניהם את הכסף שנותר בקופת הפירוק.²² במענה לטענה זו ננסה להראות בצמד הפרקים הקרובים שבסיטואציה שבה החברה היא חדלת פירעון מתקיימות כל התכליות ה"קלאסיות" לשימוש במגוון התביעה הייצוגית, וחלקן אף מתקיימות במצב זה

18 שם, פס' 7.5.

19 ס' 72(1) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן: פקודת פשיטת הרגל), החל גם בהליכי פירוק מכוח ס' 353 לפקודת החברות, קובע כי "תביעות לדמי נזק בלתי קצובים שאינן נובעות מחוזה או מהבטחה, ודרישת מזונות המגיעים על פי פסק דין וזמן פרעונם חל אחרי מתן צו הכינוס, אינן בנות תביעה בפשיטת רגל".

20 ס' 73(א) לפקודת פשיטת הרגל קובע כי "חוב או חבות שהם בני תביעה, אלא שמחמת היותם מותנים או מכל סיבה אחרת אין ערכם קצוב – ישום אותם הנאמן, והנפגע בשומה רשאי לערער לפני בית המשפט".

21 בפרשת **חבס**, לעיל ה"ש 10, בפס' 7.3, נקבע כי נזק שנגרם מירידת ערכן של איגרות חוב הוא נזק לסכום קצוב משום שניתן להראות בפשטות יחסית את "[...] ההפרשים בין סכומי רכישת האג"ח לבין ירידת ערכו של האג"ח מחמת המחדלים המיוחסים [...]". כאן אין לנו אלא לחלוק על מסקנת בית המשפט, היות שלא פעם אופן חישוב הנזק וחילוצו מסבך הגורמים שהשפיעו על ירידת ערכו של נייר ערך בטווח זמנים נתון הוא בגדר משימה שאינה פשוטה כלל ומצריכה חוות דעת והערכות מקצועיות מורכבות. לעניין זה ראו גם שרון חנס ואלון קלמנט "חישוב הנזק בתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות-ערך" **עיוני משפט** לה 639 (2013).

22 הטענה היא שבנסיבות של חדלות פירעון אישור תביעה ייצוגית לא יסייע בהשגת תכלית האכיפה וההרתעה מפני הפרת החוק, שהיא התכלית המרכזית לקיום המנגנון של תובענות ייצוגיות, וכן שהוא איננו מוצדק מפני שהנפגעים מקיומו של הליך כזה הם נושים אחרים, "כבדים" יותר. ראו למשל דברי השופט אלשיך בפרשת סוטירין, לעיל ה"ש 11, המובאים בה"ש 57 להלן.

ביתר שאת.²³ לאחר מכן נראה שבהתחשב בתכליות דיני חדלות פירעון, גם הטיעון בדבר הפגיעה בנושים האחרים איננו מצדיק את שלילת האפשרות להגשת תובענה ייצוגית.²⁴ בשני הפרקים הללו נראה כיצד המנגנון המוצע עשוי לפתור את הבעיות המיוחדות שנוצרות במצב המשפטי הנוהג כלפי נושים מהסוג אשר מתאים עקרונית לתבוע בתביעה ייצוגית.

ב. תביעת חוב ייצוגית – בראי תכליות התובענה הייצוגית

בפרק זה נבקש להציג את היתרונות השונים, המשפטיים והכלכליים, הגלומים במתן האפשרות להגשת תביעת חוב ייצוגית בשם קבוצת נושים אף במסגרת הליכי חדלות פירעון. כפי שנראה להלן, היתרונות הקיימים והמוכרים של מכשיר התובענה הייצוגית מתאימים, נכונים וקיימים גם במקרה שבו החברה הנתבעת נקלעת להליך חדלות פירעון, וחלקם אף מתקיימים ביתר שאת, ולכן ראוי לאפשר את השימוש במכשיר התובענה הייצוגית גם בנסיבות אלו. בשל מרכזיותה של תכלית ההרתעה בהצדקת קיומו של מכשיר התובענה הייצוגית, חלקו העיקרי של הדיון בפרק זה ייערך בנוגע לתכלית זו. אנו נראה כי ההליך המוצע של תביעת חוב ייצוגית אכן יכול לשמש אמצעי להרתעת חברות מפני הפרות חוק עתידיות גם בנסיבות של חדלות פירעון.

במהלך השנים האחרונות ובמיוחד לאחר חקיקת חוק תובענות ייצוגיות התעצמה והתחדדה חשיבותו של מנגנון התובענה הייצוגית בישראל.²⁵ כיום השימוש במכשיר זה הפך שכיח, ותביעות ייצוגיות רבות מוגשות לבתי המשפט בתחומי משפט רבים ושונים.²⁶ ניתן לתאר למעשה שלוש תכליות או הצדקות שונות לשימוש במכשיר התובענה הייצוגית:²⁷ תכלית ההרתעה – שהיא למעשה התכלית העיקרית שבה עוסקות הספרות

23 ראו פרק ב להלן.

24 ראו פרק ג להלן.

25 קיימת כתיבה ענפה על מנגנון התובענות הייצוגיות בישראל. ראו, בין היתר, אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301 (2004); אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים – בעקבות פסק-הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387 (2004); סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ 299 (2004); מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים" דין ודברים א 449 (2004); אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, תשס"ו–2006" הפרקליט מט 131 (2006); סטיבן גולדשטיין "הערות על חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו–2006" עלי משפט ו 7 (2007); אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5 (2011); אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351 (2012); יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט לו 7 (2014); אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ו 157 (2014); ערן טאוסיג "התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית – אליה וקוץ בה" הפרקליט נג 393 (2014).

26 ראו קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" משפטים מה 709 (2016).

27 ראו ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות.

והפסיקה,²⁸ ולפיה מטרת התובענה הייצוגית היא לאכוף את הדין ולהרתיע נתבעות פוטנציאליות מפני הפרות החוק מבעוד מועד, שהרי ללא מכשיר התובענה הייצוגית חברי הקבוצה נעדרים תמריץ כלכלי להגיש בעצמם תביעות משפטיות נגד הנתבעת, והיא תמשיך להפר את החוק ולהחציץ נזקים.²⁹ התכלית השנייה עוסקת בהשבה ובצדק מתקן – לפיה התובענה הייצוגית מבקשת לפצות את קבוצת הנושים בגין הנזק אשר נגרם להם, שכן ללא מכשיר התובענה הייצוגית חברי הקבוצה אינם מקבלים פיצוי כספי בעבור נזקיהם. תכלית כללית זו היא שעומדת ברקע המטרות הרשמיות בדבר "מימוש זכות הגישה לבית המשפט" ו"מתן סעד הולם לנפגעים".³⁰ התכלית השלישית עוסקת ביעילות דינונית – לפיה התובענה הייצוגית מבקשת לחסוך בהוצאות המשפטיות, שכן ללא התובענה הייצוגית כל תובע היה נאלץ לפתוח בהליך משפטי נפרד לביורור תביעתו.³¹ התביעה הייצוגית מאפשרת לרכז ולאחד הליכים דומים רבים לכדי הליך אחד.

בפרק זה נבקש לעסוק בתכליות השונות למכשיר התובענה הייצוגית. הדיון המרכזי יהיה בנוגע לתכלית ההרתעה, שהיא כאמור ההצדקה המרכזית המקובלת כיום למכשיר האמור.

תחילה נסקור את בעיית תמריצי החסר של קבוצת הנושים להגשת תביעת החוב. כפי שנראה, בעיית תמריצי החסר של נושים בחדלות פירעון חמורה מזו של תובעים במשפט האזרחי הכללי. לאחר מכן נבקש להציג את הטיעון בדבר ההרתעה אשר ניתן להפיק מהשימוש במכשיר תביעת החוב הייצוגית. כפי שנראה, מכשיר תביעת החוב הייצוגית המוצע צפוי לייצר הרתעה ניכרת מפני הפרות חוק, גם בנסיבות של חדלות פירעון.

1. בעיית תמריצי החסר של קבוצת הנושים

ברגיל, מכשיר התובענה הייצוגית נועד בין היתר לפתור את בעיית תמריצי החסר של חברי קבוצת התובעים.³² בעיה זו מתעוררת כאשר מערכת התמריצים של כל תובע בודד מובילה אותו לבחור להימנע ממימוש זכויותיו בהליך. תופעה זו מתרחשת בעיקר כאשר מדובר בסכומי תביעה קטנים שעלות גבייתם עולה על התועלת שבנקיטת הפעולה המשפטית

28 ראו אלעד אופיר תובענות ייצוגיות בישראל 503, 593 (2017). לדוגמה ראו עניין תנובה, לעיל ה"ש 6, פס' 50 לפסק דינה של השופטת חיות: "[...] בתובענות ייצוגיות, ובעיקר אלה שעניינן בעוולות צרכניות, האינטרס הדומיננטי מבין האינטרסים העומדים ביסוד ההליך והתכלית העיקרית שאותה אנו שואפים להגשים מתמקדים בהשגת הרתעה יעילה ואפקטיבית מפני הפרת החוק וזכויות הצרכנים על ידי העוסק [...] שאם לא כן, יצאו נשכרים מזיקים שהם גופים גדולים הנותנים שירותים למספר עצום של לקוחות ועל כן מפזרים את הנזק על פני מספר גדול של ניזוקים שזהותם לא ידועה, והרווחים שהפיקו כתוצאה מן העוולה שביצעו (ill-gotten gains), יותרו בידיהם".

29 ס' 21(2) לחוק תובענות ייצוגיות מעגן תכלית זו כמטרה רשמית של החוק.

30 סעיפים 1(1) ו-1(3) לחוק תובענות ייצוגיות בהתאמה.

31 ס' 1(4) לחוק תובענות ייצוגיות.

32 ראו ע"א 7094/09 ברוזובסקי הובלות בע"מ נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ, פס' 12 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.12.2010): "כפי שנאמר פעמים רבות, מוסד התובענה הייצוגית הוא בעל חשיבות ניכרת בצמצום הפער האינהרנטי שקיים בין התמריץ הפרטי לעשיית שימוש במערכת אכיפת החוק האזרחית לבין התמריץ החברתי הכלול לעשיית שימוש שכזה, והוא מאפשר שכלולן של תביעות שקיים אינטרס חברתי כי יוגשו, אך בשל בעיית תמריצים לא היו מוגשות לולא מוסד זה [...]".

ולתוחלת סיכויי הגבייה. במקרה שכזה התובע יבחר, גם אם כלית בררה, לזנוח את תביעתו ולא לשאת בעלויות הכרוכות במימושה. מכשיר התובענה הייצוגית מאפשר לפתור את בעיית תמריצי החסר של חברי קבוצת התובעים: התביעה הייצוגית מוגשת בידי תובע מייצג בשם כלל חברי הקבוצה, מבלי שחברי הקבוצה העניקו לו הרשאה מפורשת לכך. צירוף כלל התביעות יחד בידי נושה מייצג אחד מגדיל את סכום התביעה המצטבר ומפחית את עלות הגבייה הכוללת, ובכך הופכת התביעה לכדאית מבחינה כלכלית לכלל הקבוצה.³³ תכונה זו של מכשיר התובענה הייצוגית מסייעת להגשמת המטרה בדבר "מימוש זכות הגישה לביהמ"ש" אשר מונה החוק,³⁴ כיוון שאלמלא התובענה הייצוגית לא היו חברי הקבוצה זוכים ליומם בבית המשפט בשל התמריץ החסר להגשת התביעה. תכונה זו משמשת גם אמצעי לשם הגשמת התכלית המרכזית של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו", שכן היא מגשרת על הפער בין התמריץ האישי החסר להגשת התביעה לתמריץ החברתי בהגשתה,³⁵ וכן מסייעת להשגתה של תכלית ההשבה והצדק המתקן.

כפי שנראה להלן, בעיית תמריצי החסר הופכת לחמורה במיוחד דווקא במקרה של תיקי חדלות פירעון. שיעור הגבייה הצפוי לנושה בתביעת חוב נמוך משיעור הגבייה הצפוי של תובע דומה בחברה בת כושר פירעון, ואילו העלויות הכספיות הצפויות לנושה השוקל להגיש תביעת חוב הן דווקא גבוהות מהוצאותיו של תובע דומה בתביעה קטנה. בשל שיעור הגבייה הנמוך מחד והעלויות הגבוהות הכרוכות במימוש החוב מאידך נושי חברה בחדלות פירעון הופכים לנעדרי תמריץ כלכלי, אדישים בקשר למימוש חובם ונוטים לזנוח את נשייתם.³⁶ בעיית תמריצי החסר מתחדדת ומתעצמת בסיטואציות של חדלות פירעון, ולכן בהנחה שצמד התכליות של הרתעה ומתן סעד הולם לנפגעים רלוונטיות גם בעת שהחברה הנתבעת מצויה בחדלות פירעון (טענה שאותה נבסס בהמשך), מנגנון תביעה ייצוגי נחוץ במיוחד דווקא בהליכים אלו.

(א) שיעור הגבייה הנמוך הצפוי לנושה בהליך חדלות פירעון

ברור מאליו כי סיכויי הגבייה ושיעורי התקבול הצפויים לנושה בהליך חדלות פירעון נמוכים יותר מסיכויי הגבייה והתקבול הצפויים לתובע בתביעה כספית רגילה נגד חברה

33 לשם מתן דוגמה מספרית נניח קבוצה של 100,000 נפגעים אשר כל אחד מהם מחזיק בתביעת נזק דומה של 400 ש"ח. ברם העלות הכספית הכרוכה בהגשת תביעה משפטית היא 1,000 ש"ח עבור כל אחד מחברי הקבוצה. במצב שכזה סביר להניח כי אף אחד מהנפגעים לא ירצה לפתוח בהליך משפטי אשר עלותו גבוהה מהתקבול הצפוי. לעומת זאת הליך של תובענה ייצוגית מאפשר לתובע ייצוגי להגיש תביעה כספית אחת מאוחדת על סך 40,000,000 ש"ח בשם כלל חברי קבוצת הנפגעים. התובע הייצוגי ובא כוחו מתוגמלים אישית בבית המשפט, ומכאן נוצרת הכדאיות הכלכלית שבהגשת התובענה הייצוגית.

34 ס' 1(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

35 ס' 1(2) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם דברי השופט פוגלמן בעניין ברוזובסקי הובלות, לעיל ה"ש 32, פס' 12.

36 לדוגמה למקרה בו כל חברי קבוצת התובעים בתובענה ייצוגית נמנעו מהגשת תביעת חוב בשל העברת התובענה הייצוגית להליכי חדלות פירעון, ראו ס' 13 לעמדת רשות לניירות ערך בעניין אקסטרא פלסטק פר"ק (ב"ש) 54634-06-12 (ספטמבר 2012), פורסמה באתר רשות לניירות ערך: www.isa.gov.il/Download/IsaFile_7996.pdf.

סולבנטית. חברה אשר מצויה בהליך חדלות פירעון, מעצם ההגדרה של הליך זה אינה מסוגלת לפרוע את חובותיה לנושיה, לא כל שכן את חובותיה לנושים הלא-מובטחים. אם נחזור לדוגמה שהוצגה במבוא על אודות חברה שהנפיקה שוברים בערך של 100 ש"ח וסירבה לכבדם. כאשר חברה היא סולבנטית, נושה של חברה המחזיק בידו שובר יכול לצפות כי בסופה של התביעה הכספית הוא אכן יזכה לקבל את מלוא ההחזר הכספי המגיע לו, בסך 100 ש"ח. ברם לאחר שהחברה נקלעה להליכי חדלות פירעון, אותו נושה יודע מראש כי החברה אינה מסוגלת לפרוע את כל חובותיה, ולכן בסופו של הליך חדלות הפירעון הוא צפוי לקבל תמורה הנמוכה מ-100 ש"ח. מכיוון שהנושה האמור אינו נושה מובטח, קיים חשש כבד כי בהליך חדלות הפירעון לא יזכה נושה זה לקבל מאומה, או שנשייתו תופחת בשיעור ניכר.

בהליכי חדלות פירעון התמורה הצפויה לנושי החברה נמוכה מהתמורה הצפויה לנושי חברה סולבנטית. לפיכך במצב של חדלות פירעון נושים רבים יותר ייקלעו למצב של תמריץ חסר ויעדיפו להימנע מכל הוצאה או מנקיטת פעולה אקטיבית למימוש חובם. משכך הם פני הדברים, הליך ייצוגי נחוץ יותר דווקא בנסיבות של חדלות פירעון.

(ב) העלויות הגבוהות בהגשת תביעת חוב לבעל תפקיד

עד עתה הראינו כי התקבול הצפוי מהליך מימוש החוב בחדלות פירעון צפוי להיות נמוך מהתקבול הצפוי במימוש חוב בתביעה רגילה. כעת נבקש להראות כי גם העלות הצפויה להליך גביית חוב בחדלות פירעון צפויה להיות גבוהה מעלותה של תביעה במצב רגיל של נתבעת בת פירעון, ומכאן מסקנתנו כי בעיית תמריצי החסר היא חמורה יותר בנסיבות חדלות פירעון.

(1) עלות פתיחת ההליך

כשמדובר בחברה סולבנטית ראשית נשאל מהי העלות הצפויה של הגשת תביעה כספית, עלות אשר כאמור מצדיקה הליך של תובענה ייצוגית. כאשר מדובר בתביעה אישית קטנה, תקנה 6(א)(2) לתקנות שיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין), התשל"ז-1976 קובעת אגרה מינימלית בסך של 50 ש"ח. ניתן לומר כי ברגיל המחסום הדיוני המינימלי העומד בפני תובע בודד הוא סך של 50 ש"ח.

כעת נבחן מהי העלות הכרוכה במימוש חוב כאשר חברה מצויה בחדלות פירעון. בהליך חדלות פירעון נדרש כל נושה להגיש תביעת חוב מטעמו לבעל התפקיד מטעם בית המשפט או לכונס הרשמי. הגשת תביעת חוב אינה מחייבת בתשלום כל אגרה. במקום זאת נדרש כי תוגש בכתב, בתוך המועד שנקבע לכך, וכן יש לתמכה בתצהיר.³⁷ אי-הגשת תביעת חוב כדין ובמועד תוביל לאיבוד זכות הנושה להשתתף בהליך חדלות הפירעון ולאיבוד זכאותו למימוש חובו.³⁸

37 תקנות 76(א), (ג) ו-(ה) לתקנות פשיטת הרגל, התשמ"ה-1985 וכן טופס 21 לפי תקנות אלו.

38 ראו רע"א 9802/08 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה עיריית ירושלים נ' א.ר. מלונות רוחם (1994) בע"מ (בפירוק) (פורסם בנבו, 21.8.2012) (להלן: עניין הוועדה לתכנון ולבניה), גם לעניין הטעמים המיוחדים המאפשרים הארכת מועד להגשת תביעת החוב.

קשה להשוות את העלות הכרוכה בהגשת תביעה כספית קטנה לבית משפט לעלות הכרוכה בהגשת תביעת חוב לבעל תפקיד.³⁹ מחד הגשת תביעה כספית קטנה מחייבת בתשלום אגרה בסך 50 ש"ח⁴⁰ שממנו פטורה תביעת החוב. מאידך הגשת תביעת חוב מחייבת את מעורבותו של עורך דין לצד הנושה בשל החובה לצרף תצהיר ערוך וחתום בידי עורך דין.⁴¹ יש להניח כי בעבור נושים רבים העלות הכרוכה בהכנתה ובהגשתה של תביעת חוב מסודרת לבעל התפקיד, ובמיוחד החובה לצרף תצהיר חתום המאומת בידי עורך דין, עלולה להיות גבוהה מדי. עלות גבוהה זו עלולה להרתיע נושים רבים מפני הגשת תביעות חוב.

ההליך המוצע של הגשת תביעת חוב ייצוגית יפטור את חברי הקבוצה מן החובה לערוך בעצמם את המסמכים של תביעת חוב ויפטור אותם מן החובה לצרף תצהיר מאומת לכל תביעה מטעמם. לבעל התפקיד יוגש מסמך אחד, מסמך תביעת החוב הייצוגית, ולו יצורף תצהיר אחד מטעם הנושה הייצוגי.

(2) החזר הוצאות בהליך

בתביעה כספית רגילה בית המשפט צפוי להשיב לתובע הזוכה את הוצאותיו גם אם לעתים לא בשיעורים גְּאֵלִים. בית המשפט צפוי להשיב לתובע בייחוד את עלות אגרת בית המשפט. תובע רגיל מסתמך על החזר ההוצאות הצפוי לו, ולכן תובע רגיל יהיה נכון יותר להשקיע את ההוצאות הנדרשות להגשת התביעה בעצמו, שכן הוא יודע שבסופו של הליך הוא צפוי לקבל את הוצאותיו בחזרה. לעומת זאת בהליך חדלות הפירעון אין כל מנגנון להשבת הוצאות. הנושה נדרש לשאת בעצמו את מלוא הוצאותיו בהליך, לרבות תשלום לעורך דין עבור הטיפול בתביעת החוב ובהגשתה, ללא כל אפשרות להחזר הוצאות.⁴² משכך, לנושה בהליך חדלות הפירעון צפויות להיות הוצאות גדולות משהיו לתובע בהליך דומה.

39 אמנם לאחרונה ביקשו משרד המשפטים וכונס הנכסים הרשמי להקל את הליכי הגשתה של תביעת חוב ויצרו מנגנון אלקטרוני להגשה מקוונת של תביעת חוב באמצעות רשת האינטרנט. ראו אתר האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי: www.justice.gov.il/Units/ApotroposKlali/Departments/The%20official%20receiver/Pages/DebtClaim.aspx (נבדק לאחרונה ביום 7.8.2017). ברם יש לזכור כי הליך ההגשה האלקטרוני אינו נגיש לקבוצות אוכלוסייה רבות המתקשות בכך. בנוסף, ההליך האלקטרוני אינו מוותר על החובה הקבועה בדיון לצירוף תצהיר המאומת בידי עורך דין, והמחסום הכלכלי נותר בעינו.

40 ברם יש לזכור כי בתביעה כספית רגילה התובע מצפה לקבל חזרה את כל הוצאותיו, לרבות תשלום האגרה (ראו להלן). לפיכך תובע המצפה כי תביעתו תתקבל אינו צריך להביא בחשבון את עלות תשלום האגרה.

41 ניתן להניח כי העלות הכרוכה בצירוף תצהיר אינה עלות זניחה. לשם המחשה, על פי כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס–2000, עלות החתמת עורך דין על תצהיר היא 435 ש"ח. עם זאת ברור לנו כי תמחור זה עלול להיתפס כמלאכותי ומופרז בהתחשב בסכומים הראליים הנגבים כיום לצורך אימות תצהיר בלבד. בנוסף, יש להביא בחשבון כי במקרים רבים הטיפול המשפטי בהגשת תביעת חוב אינו מתמצה רק באימות התצהיר אלא גם בעריכת תביעת החוב עצמה בשם הנושה והגשתה לבעל התפקיד, שירות שעלותו גבוהה אף יותר.

42 כך קובעת תקנה 78 לתקנות פשיטת הרגל, העוסקת בהוצאות התביעה וקובעת כי "נושה ישא בהוצאות תביעתו, זולא אם ראה בית המשפט להורות בנסיבות מיוחדות הוראה אחרת".

(3) עלותו של איסוף מידע על פוטנציאל הגבייה מהחברה במקרה הרגיל של תביעה כספית בחברה סולבנטית התובע יודע כי לאחר שהתקבלה תביעתו הוא צפוי לקבל את מלוא תביעתו. לעומת זאת בנסיבות של חדלות הפירעון, נוסף על העלויות הרגילות הכרוכות במימוש תביעת החוב, יש לנושה עלויות נוספות של איסוף מידע על פוטנציאל גבייה ושיעורי ההחזר הצפויים מהחברה.

גם לאחר שהנושה יודע כי הנתבעת נקלעה להליכי חדלות פירעון, הוא אינו יודע, ופעמים רבות גם אינו יכול לדעת או להעריך מראש, מה תהיה תוצאתו של הליך חדלות הפירעון, ומה יהיה שיעור ההחזר אשר יקבלו נושי החברה ובעיקר נושיה הבלתי מובטחים. אי-הוודאות והעלויות הכרוכות באיסוף מידע זה על שיעור הגבייה העתידי בהסדר מייקר את העלויות הכרוכות בהליך חדלות הפירעון וגורם אף הוא לנושים רבים לזנוח את תביעתם.⁴³

מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע יאפשר לחברי קבוצת הנושים להיות מיוצגים בידי נושה ייצוגי ועורך הדין מטעמו, שהם בעלי הידע והמומחיות המקצועית הנדרשת לבחון את פוטנציאל הגבייה מהחברה הנתבעת ואת הכדאיות הכלכלית בהגשת תביעת חוב ייצוגית בשם קבוצת הנושים.

(4) עלותו של איסוף מידע בדבר שווי התמורה בהסדר וחלופת הפירוק במקרה הרגיל של תביעה כספית בחברה סולבנטית התובע צפוי בסופו של הליך לקבל תקבול כספי, כסף מזומן, אשר ערכו ידוע ברור. לעומת זאת בהליך חדלות הפירעון התקבול הצפוי לנושי החברה אינו בהכרח תקבול כספי. בהסדרי חוב רבים החוב הכספי לנושים מומר להון מניות בחברה.⁴⁴ בהסדרי חוב אחרים החוב הכספי לנושים נדחה לתקופה מסוימת בעתיד ולמעשה מומר לאיגרת חוב. כיוון שבסופו של הליך חדלות הפירעון התמורה אינה במזומן אלא אחרת, נושי החברה מתקשים להעריך מראש את שווי התמורה הצפוי להם בהסדרי החוב.⁴⁵

43 לדוגמה נניח נושה של חברה בעל נשייה של 100 ש"ח. נושה זה יכול לברר מראש מהם הסיכויים שיושג הסדר חוב, ומה יהיו שיעורי ההחזר הצפויים בהסדר שכזה, לדוגמה באמצעות פנייה לקבלת ייעוץ משפטי או כלכלי. אולם עלות בירור מקצועי שכזה תהיה כרוכה בתשלום שכר טרחה בשיעור של 600 ש"ח. בנסיבות כאמור הנושה יזנח את תביעתו או לחלופין עלול להעמיד עצמו בסיכון ולשאת בהוצאות של הגשת תביעת חוב מיותרת. לדיון כללי על עלויות אינפורמציה ראו ROBERT COOTER & THOMAS, ULEN, LAW & ECONOMICS 113 (6th ed. 2016).

44 לדוגמה ראו את הסדר החוב בפרק (מחוזי ת"א) 10344-11-09 אפריקה ישראל להשקעות בעמ נ' הרמטיק נאמנות, פס' 2 (פורסם בנבו, 21.12.2009).

45 לדוגמה נניח נושה של חברה המחזיק בידו שובר על סך 100 ש"ח. כאשר החברה היא סולבנטית, התובע מעריך כי לאחר שתתקבל התביעה הכספית הוא יזכה לקבל סכום כספי של 100 ש"ח, וערכו של תקבול זה ברור וידוע לו. לעומת זאת כאשר חברה מצויה בהליכי חדלות פירעון, ייתכן שיוצע לנושה הסדר חוב שלפיו במקום חוב של 100 ש"ח יקבל הנושה 1 מניה בחברה החדשה לאחר ההסדר. לא בטוח כלל שהנושה ידע להעריך מהו שווייה של מניה שכזו. לחלופין ייתכן שיוצע לנושה הסדר החוב אחר, ולפיו יקבל כיום 20 ש"ח ועוד 80 ש"ח באג"ח של החברה, הנושא ריבית של 2% לשנה וצפוי להיפרע רק בעוד ארבע שנים. נשאלת השאלה אם נושה ידע להעריך את ערכה של תמורה זו. על מנת להגיע

גם כאשר הנושים בהליך חדלות הפירעון נדרשים לאשר את הסדר החוב שמציעה החברה, הם נדרשים להעריך את החלופות הקיימות להסדר, כגון שווי התקבול הצפוי להם בעת פירוק החברה. העלויות הכרוכות בהערכת החלופות והתמורות השונות האפשריות בהליך חדלות הפירעון מייקרות עד מאוד את עלותו של הליך זה ומרתיעות נושים רבים ממימוש זכויותיהם בהליך.

(5) עלות השתתפות בהליך קולקטיבי

תובע בתביעה כספית רגילה נגד חברה סולבנטית הוא בעל זכות ההחלטה המלאה בדבר הליך התביעה שאותו הוא יזום. התובע הוא עצמאי לחלוטין בהחלטה על מועד הגשת התביעה, על אופן ניהולה ועל מתן הסכמה או דחייה להצעת פשרה בסופו של ההליך. לעומת זאת בהליך חדלות הפירעון התנהלות הדברים שונה מאוד. בהליך חדלות הפירעון הנושה הוא חלק מהליך קולקטיבי של כלל נושי החברה, מנוהל בידי בעל תפקיד ובפיקוח בית המשפט. לנושה אין כל שליטה על מועד תחילת ההליך או על אופן ניהולו, ויש לו יכולת השפעה קטנה מאוד בהצבעה לאישור הסדר החוב או לדחייתו. הממד הקולקטיבי של הליך חדלות הפירעון משמעותו הוצאות ועלויות נוספות לנושה בהליך. הוצאות נוספות לו נגרמות בין היתר בשל הצורך בתיאומים, התדיינויות והצבעה עם הנושים האחרים בהליך, בצירוף עלויות הנגרמות מאי-התקדמותו של ההליך הקולקטיבי לפי העדפות הנושה. אף הוצאות נוספות אלו הן גורם מרתיע מפני ההשתתפות בהליך חדלות הפירעון.⁴⁶

(6) התיישנות מהירה

לצורך הגשת תביעה אישית או ייצוגית עומדת לתובע פוטנציאלי בדרך כלל שהות של שבע שנים להגשת התביעה בטרם התביעה מתיישנת. מועד זה מעניק לתובע הפוטנציאלי שהות מספקת לעמוד על עילת התביעה, להכין את מסמכי התביעה ולהגישם במועד. ברם במקרה של היקלעות החברה הנתבעת להליכי חדלות פירעון, תקופת ההתיישנות להגשת תביעת חוב מתקצרת במידה ניכרת – לחצי שנה בלבד⁴⁷ – כאשר בהליכי הבראה והסדרי חוב בית המשפט רשאי לקצר תקופה זו עוד יותר.⁴⁸

46 להחלטה מושכלת בנוגע להסדר החוב ולתמורה המוצעת בו, נושה בהליך חדלות פירעון נדרש לשאלת בהוצאות ובעלויות שאינן נחלת תובע בתביעה כספית רגילה נגד חברה סולבנטית.
 47 לסקירה כללית על עלויות הפעולה המשותפת ראו חנוך דגן "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט כ 45, 80–87 (1996).
 48 ראו ס' 71 (ב) לפקודת פשיטת הרגל וכן תק' 76 לתקנות פשיטת הרגל. לעניין סוגיית מתן הארכה להגשת תביעות חוב ראו את החלטתו המלומדת של הנשיא גרוניס בעניין הוועדה לתכנון ולבניה, לעיל ה"ש 38.
 48 לבית המשפט שמורה הסמכות לקצר את תקופת הגשת תביעות החוב על מנת לאפשר, במידת הצורך, הליך הבראה קצר ומהיר לחברה. לעניין זה ראו תק' 15 לתקנות החברות (בקשה לפשרה או להסדר), התשס"ב–2002: "בכל עת לאחר פתיחת הליכים על פי תקנות אלה, רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, לקבוע מועד להגשת תביעות חוב או תביעות לתיקון מרשם בעלי המניות, לפי הענין (להלן – התביעות), ולקבוע את דרך בדיקתן ואישורן של התביעות לשם הצבעה, בהתאם להוראות פרק זה."

תקופת התיישנות מהירה מגלמת בתוכה גם היא תמריץ חסר ניכר ומכשלה אובייקטיבית עבור נושי חדלות הפירעון.⁴⁹ לנושים בחדלות הפירעון ניתנת שהות קצרה בלבד לעמוד על עילת הנשייה שלהם, להכין את מסמכי התביעה ולהגישם במועד. בפועל פעמים רבות הנושים אינם מודעים כלל לעובדה כי החברה נקלעה להליכי חדלות פירעון,⁵⁰ ופעמים רבות אחרות הנושים אינם מודעים כלל לשעון החול הקצר אשר הוקצב להם להגשת תביעת החוב.⁵¹

מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע יאפשר לחברי קבוצת הנושים להיות מיוצגים בידי נושה ייצוגי ועורך דין מקצועי מטעמו, שניהם סוכנים מקצועיים ומתוחכמים בעלי זמן, זמינות, ידע ומומחיות הנדרשים לניהול ההליך הייצוגי. הנושה הייצוגי ועורך הדין מטעמו יגישו בשם כל חברי קבוצת הנושים את תביעת החוב במועדה, ובכך ימנעו מנושים רבים לאבד את זכויותיהם בהליך בשל סדרי הדין וסד הזמנים הקצר והקשיח של דיני חדלות הפירעון.⁵²

לסיכום, הליך חדלות פירעון הוא הליך סבוך ומורכב מהרגיל, המערב צדדים רבים ואינטרסים שונים אשר לעתים מתנגשים. העלויות הכספיות הנדרשות למימוש חוב בהליך חדלות פירעון גבוהות מבתביעה כספית רגילה, ומנגד התקבול הצפוי מהליך זה הוא נמוך יותר. מכאן קיים חשש כבד כי נושי החברה יימנעו מלפעול לממש את חובם. בעיית תמריצי החסר של נושים חמורה בהליך חדלות פירעון מבמקרה של תביעה כספית רגילה, ומכאן

49 מבחינה כלכלית ניתן לדמות את הזכות להגשת תביעה משפטית הכפופה להתיישנות כמעין אופציה. עבור תובע רגיל מועד פקיעת האופציה הוא שבע שנים. עבור נושים בתביעת חוב בהליך חדלות פירעון מועד פקיעת האופציה הוא חצי שנה בלבד. ככלל, ככל שמועד פקיעת האופציה קצר יותר, כך השווי הכלכלי של אופציה זו פוחת.

50 דבר הגשטה של בקשת פירוק או פשיטת רגל הוא עניין המפורסם ברשומות ובעיתונים יומיים (כיום גם באתר האינטרנט של הכנ"ר במשרד המשפטים). כך גם הדבר באשר למתן צו הכינוס או הפירוק. ברור כי הפרסום ברשומות או מודעה בעיתונות יומית אינם דרך אפקטיבית למסירת הודעות. בנוסף, תק' 29 לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987 קובעת כי "הכונס הרשמי ישלח, בהקדם האפשרי, הודעה לפי טופס 8 על מועד אסיפת הנושים הראשונה ומקומה לכל נושה ששמו ידוע לו, לפי המען הנקוב בתביעתו, ואם לא הגיש תביעה – לפי המען הנקוב בדו"ח על מצב העסקים, או לפי מענו האחר הידוע לכונס הרשמי [...]". ברם פעמים רבות פרטי הנושה אינם ידועים לחברה או לכונס הרשמי.

51 ראו עניין הוועדה לתכנון ולבניה, לעיל ה"ש 38, פס' 8: "עיון בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בסוגית פרשנות סעיף 71(ב) לפקודה מעלה, כי שאלת הטעם המיוחד להארכת מועד מתעוררת פעמים רבות בנסיבות שבהן הנושה המבקש את הארכת המועד לא ידע בפועל על מתן צו הכינוס או צו הפירוק, בטרם חלפה תקופת ששת החודשים מאז ניתן הצו. בנסיבות אלה עולה השאלה האם די בכך שהנושה לא ידע אודות מתן הצו כדי לקבוע שהוא 'לא יכול היה' להגיש את תביעת החוב במועד שנקבע לכך, ועל כן מתקיים טעם מיוחד להארכת המועד."

52 בעבר הובעה בפסיקה האמריקאית עמדה הפוכה בעניין זה, ולפיה העובדה כי תביעת החוב הייצוגית צפויה להסיר את מכשול סד הזמנים עבור קבוצת הנושים תהיה לא צודקת כלפי יתר הנושים אשר עמלו לעמוד בסד זה. ראו "To In re Johns-Manville Corp., 53 B.R. 346, 354 (Bankr. S.D.N.Y. 1985) ("To permit persons who fail to file proofs of claim to maintain an adversary proceeding to assert their claims against the debtor would be fundamentally unfair to those creditors who have complied with the filing requirements of the Code and the Rules")

שהפתרון המוכר לבעיית תמריצי החסר, מנגנון התביעה הייצוגית, מוצדק ונדרש במיוחד בנסיבות של חדלות פירעון.

2. ההרתעה בתביעת החוב הייצוגית

הצדקה מרכזית לקיומו של מנגנון התובענה הייצוגית היא אכיפת הדין וההרתעה הכלכלית שהוא מספק.⁵³ חברי קבוצת התובעים סובלים כאמור מבעיית תמריצי חסר ונמנעים מהגשת תביעה משפטית בעניינם. החברה הנתבעת יודעת זאת מראש (ex-ante), ולכן היא עלולה להפר הוראות חוק ולהחזין נזקים על חברי הקבוצה, בידיעה מראש כי חברי הקבוצה יימנעו מלהגיש נגדה תביעות. מנגנון התובענה הייצוגית מבקש לפתור בעיה זו באמצעות תובע ייצוגי אשר יגיש תובענה ייצוגית בשם כלל חברי הקבוצה ובכך יחייב את הנתבעת בתשלום מלוא נזקה. כאשר החברה הנתבעת יודעת מראש כי אם תפר את הוראות החוק כלפי חברי הקבוצה, היא צפויה לשלם סכומי פיצוי ניכרים, תירתע הנתבעת מפני הפרות חוק. זהו אפקט ההרתעה המוכר הקיים בתובענה הייצוגית הרגילה.

ברם האם אפקט הרתעה דומה קיים גם בנסיבות של חדלות פירעון? האם תביעת חוב ייצוגית תוכל ליצור הרתעה כלכלית יעילה מפני הפרות חוק? תחילה נציג את טיעון הביקורת בעניין זה ולאחר מכן נראה כי למעשה מנגנון תביעת החוב הייצוגית אכן מעניק הרתעה של ממש מפני הפרות חוק.

בהליך חדלות הפירעון החברה הנתבעת אינה מסוגלת מלכתחילה לפרוע את כל חובותיה. לכאורה מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע רק יגדיל את היקף החובות הלא נפרעים של החברה, אולם בכך לא יהיה כדי להרתיע את החברה הנתבעת, שכן היא ממילא חדלת פירעון. חברה במצב של חדלות פירעון היא כביכול "חסינה" מפני תביעות (Judgment proof),⁵⁴ ולכן היא אינה מורתעת מן האפשרות שיוגשו נגדה תביעות נוספות. אם נתייחס ישירות אל בעלי המניות בחברה,⁵⁵ אזי בנסיבות של חדלות פירעון, וכאשר היקף חובות החברה עולים על נכסיה, בעלי המניות כבר מצויים "מחוץ לכסף", ושווי מניותיהם הוא אפס. במצב זה הוספת תביעת חוב ייצוגית אל מכלול הנשייה לא תפגע כלכלית בכיס בעלי המניות,⁵⁶ ולכן תביעת חוב ייצוגית לא תוביל להרתעת בעלי מניות מפני הפרות חוק.⁵⁷

53 ראו לעיל ה"ש 28.

54 ראו S. Shavell, *The Judgment Proof Problem*, 6 INT. REV. L. & ECO. 45 (1986).

55 לצורכי פרק זה נניח כי אין "בעיית נציג" בחברה הנתבעת, ומנהלי הנתבעת אכן פועלים בנאמנות על מנת למקסם את ערך החברה.

56 בנסיבות שבהן החברה מצויה בחדלות פירעון, בעלי המניות אף צפויים לפעול באי-יעילות כלכלית על מנת להגדיל את הסיכון בפעילות החברה בניסיון להביא את החברה למצב של רווחיות על חשבון הנושים. לכאורה, תביעת החוב הייצוגית יכולה להקטין חשש זה, שכן הקטנת מצבת נכסי החברה והגדלת חובותיה מקטינות את האפשרות שבעלי המניות יצליחו להביא את החברה למצב של רווחיות. מנגד, הגדלת גירעון החברה עלולה לפעול דווקא בכיוון ההפוך – לתמרץ את בעלי המניות לפעול ביתר שאת להגדלת הסיכון בפעילות החברה בניסיון נואש עוד יותר להביאה למצב של רווחיות.

57 זאת הייתה עמדתה של השופטת ורדה אלשיך בפרשת סוטירין, לעיל ה"ש 11: "רציונל חשוב זה [הרתעת החברה] מאבד מתוקפו כאשר עסקינן בחברה בפירוק, אשר אין במצבת נכסיה די מניה וביה

בפרק זה נבקש להראות כי למרות האמור מכשיר תביעת החוב הייצוגית כן צפוי ליצור הרתעה כלכלית של ממש וצפוי לתמרץ בעלי מניות, מנהלים ונושים אחרים להימנע מהפרות חוק כלפי קבוצת הנושים. בתמצית אנו נטען כי בהליכי חדלות פירעון רבים, בעיקר בהסדרי חוב ובהליכי הבראה, בעלי המניות צפויים לקבל תמורה כלכלית בסופו של דבר, ולכן בהליכים אלו תביעת חוב ייצוגית תרתייע⁵⁸ מפני הפרת חוק. במקרים אחרים שבהם החברה אמנם מצויה במצב של חדלות פירעון, ואין בעלי המניות צפויים לקבל מאומה בהליך (אך טרם נפתחו רשמית הליכי חדלות פירעון ומתקיים "אזור דמדומים" מסוים), טיב חובות האמון של מנהלי החברה משתנה, וכעת מנהלי החברה נדרשים לפעול למען השאת ערך החברה לטובת הנושים. מנהלי חברה בחדלות פירעון הפועלים להשאת ערך החברה לטובת כלל נושיה יירתעו מפני תביעת חוב ייצוגית אשר תפגע במסת נכסי החברה ותפחית את שיעורי ההחזר הצפויים לנושים.

(א) הליכי חדלות פירעון שקיים בהם החזר לבעלי המניות

ראשית, מנגנון תביעת החוב הייצוגית ייצר הרתעה כלכלית בכל הליכי חדלות הפירעון אשר בסופם בעלי המניות בחברה כן צפויים לקבל תמורה כלשהי בהליך. בהליכי הבראה ובהסדרי חוב רבים, במיוחד במציאות הישראלית, בעלי המניות של החברה ממשיכים להחזיק במניות החברה ובשליטה בה גם בסופו של הליך חדלות הפירעון.⁵⁹ בישראל נפוצים בשנים האחרונות הסדרי חוב רבים שבהם חובות החברה לנושיה מצטמצמים ונפרסים מחדש ("תספורת"), ובעלי המניות הקיימים בחברה ממשיכים להחזיק בשליטה בה.⁶⁰

תביעת החוב הייצוגית צפויה לצרף להליך חדלות הפירעון קבוצה גדולה של נושים נוספים אשר יגדילו במידה ניכרת את היקף החובות של החברה. בעלי המניות ובמיוחד בעל

בכדי לפרוע את החובות לכל נושיה. מחד גיסא, אל מול אותם תובעים ייצוגיים והנוק הקטן יחסית שנגרם לכל אחד מהם, עומדים נושים 'קלאסיים' שהחוב כלפיהם – ואי לכך, נזקם הישיר, גדול בהרבה. מאידך גיסא, בעלי המניות ומנהליה של החברה המעוולת נדחקים מניה וביה לסוף תור הנשייה, ואי לכך, אין בשימוש בכלי התביעה הייצוגית בכדי לתרום להרתעתם, או אף להשפיע עליהם באורח ממשי."⁵⁸

בפסיקה ובספרות המקצועית טיעון ההרתעה הכלכלית מכוון כלפי בעלי המניות בחברה. עם זאת ניתן להעיר, כהערה כללית בנוגע לכל טיעון ההרתעה, כי כאשר מדובר בחברה נתבעת, הגורמים המנווטים בפועל את החברה אינם בעלי המניות אלא מנהליה, ואם אין מתאם בין פעולת מנהלי החברה לטובת בעלי המניות בחברה, אזי לכאורה יש לבחון את טיעון ההרתעה באשר למנהלי החברה ולא דווקא בנוגע לבעלי המניות שלה. אנו סבורים כי הדיון ב"בעיית הנציג" של מנהלי חברה חורג מהיקף תחומו של מאמר זה, ולצורך מיקוד הדיון נצא בפרק זה מתוך הנחת המוצא שלפיה אין קיימת "בעיית נציג" בחברה הנתבעת, ומנהלי החברה פועלים בנאמנות ובתום לב, ללא ניגוד עניינים אישי. לדיון רחב יותר בסוגיית "בעיית הנציג" בחברה ראו למשל זוהר גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקציה – חיבורי משפט 239 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקציה ומרדכי א' ראבילו עורכים, 1996).

מצב זה יכול לקרות לדוגמה כאשר החברה סובלת מקשיים תזרימיים ומאייכות זמנית לתשלום חובותיה. טיעון נוסף העולה בהקשר זה הוא כאשר לבעל השליטה הקיים בחברה יש ידע או מומחיות מיוחדת, ולכן יש טעם מיוחד להותירו כבעל מניות בחברה.

ראו לדוגמה עניין אפריקה ישראל, לעיל ה"ש 44; פר"ק (מחוזי חי') 42082-05-14 צים שירותי ספנות משולבים בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014).

השליטה בחברה צפויים להיפגע במידה רבה מהגשת תביעת החוב הייצוגית, שכן בסופו של ההליך שווי המניות שבידיהם יפחת, שיעור אחזקותיהם ידולל, וייתכן כי הם יידרשו להציע תרומת בעלים גדולה יותר כדי לשמר את שליטתם בחברה. מכאן שבכל מצב שקיים בו סיכוי שהליך חדלות הפירעון שיינקט נגד החברה יהיה כזה שבו בעלי המניות צפויים לקבל תמורה כלשהי בסופו, יצליח מכשיר תביעת החוב הייצוגית להשיג הרתעה כלכלית כלפי בעלי המניות בחברה.

(ב) תובענה ייצוגית ההופכת את החברה לחדלת פירעון

סוג נוסף של מקרים שבהם תושג הרתעה כלכלית כלפי בעלי המניות הוא זה שבהם התובענה הייצוגית עצמה היא שהופכת את החברה מסולבנטית לחדלת פירעון.⁶¹ במקרים אלו בעלי המניות אמנם לא יקבלו מאומה בסופו של ההליך, אולם הם כן יירתעו מהפרות חוק עתידיות ויפעלו למניעתן, שכן תביעת החוב הייצוגית תאפשר להגיש תובענות ייצוגיות אלו מלכתחילה.

תובענות ייצוגיות הן בדרך כלל תביעות כספיות בקנה מידה גדול. סכום התביעה הייצוגית הוא סכומן המצטבר של כלל התביעות של קבוצת תובעים גדולה. סכום התובענה הייצוגית הממוצע בישראל הוא 435 מיליון ש"ח,⁶² והיא מכונה לעתים בפסיקה "נשק בלתי קונבנציונלי".⁶³ כאשר מוגשת תובענה ייצוגית בסכומים כה גבוהים, קיים חשש ממשי כי התובענה הייצוגית עצמה היא שתהפוך את החברה מבת פירעון לחדלת כושר פירעון. במקרה כזה בעלי המניות אמנם אינם צפויים לקבל מאומה בסופו של הליך חדלות הפירעון, אולם הם יירתעו מראש (ex-ante), מפני הפרות חוק עתידיות, שכן הפרת החוק תגרום להגשת תביעת חוב ייצוגית אשר תוביל לקריסת החברה ולאבדן ערך המניות שבידיהם.

במצב המשפטי הקיים אפשר שתובענה ייצוגית שהתובע צופה כי היא תעביר את החברה ממצב של סולבנטיות למצב של חדלות פירעון לא תוגש כלל, שכן מרגע כניסת החברה להליך חדלת פירעון בית המשפט עוצר את התובענה הייצוגית ואינו מאפשר לה להמשיך להתנהל מחוץ לתיק הפירוק.⁶⁴ כך למעשה נוצרת בעיה של הרתעת חסר, שכן תובע ייצוגי יימנע מראש מלהגיש תביעה כאשר הוא צופה כי ממילא בעתיד יעצור בית המשפט את תביעתו.⁶⁵ גם החברה עצמה עלולה להמשיך ולהפר את הוראות החוק כאשר היא מעריכה כי שום תובע ייצוגי לא יטרח להגיש תובענה ייצוגית אשר תוביל את החברה

61 ראו למשל את גל תביעות נזקי האסבסט בארצות הברית במהלך שנות השמונים, שהביא עשרות חברות למצב של חדלות פירעון. עניין זה אוזכר אצל אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוללות המונות" משפטים לד 310, 301 (2004).

62 וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 733.

63 דנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 406 (2003).

64 ראו הדיון בפרק ג.1. (א) להלן.

65 ככל הנוגע למידע על חברות ציבוריות, קל יותר לשער שלתובע פוטנציאלי יהיה מידע רב יותר על מצבה הכלכלי של החברה הנתבעת ועל סמיכותה למצב של חדלות פירעון, לדוגמה חברה ציבורית אשר פורסמה בעניינה הערת "עסק חיי". נוסף על כך, לעתים נסיבות העולה והיקפה המשוער מעלים אינטואיטיבית את החשש שקבלת התביעה תביא את החברה הנתבעת למצב של חדלות פירעון ביחס למידע גלוי ופומבי שנמצא בשוק על עסקיה, הענף שבו היא פועלת ומתח הרווחים המקובל בו.

לחדלות פירעון, ולכן ממילא היא צפויה להיחסם. מכאן שעל מנת להשיג הרתעה יעילה נגד הפרות חוק עתידיות, נדרש לאפשר את ניהול ההליך הייצוגי גם לאחר כניסת החברה לחדלות פירעון. לפיכך המנגנון המוצע של תביעת חוב ייצוגית יאפשר למעשה את הגשתן של תובענות ייצוגיות רבות, אשר לולא מכשיר זה יש חשש כבד כי הן לא תוגשנה כלל.

(ג) הרתעת נושי החברה והרתעה באמצעות ביטוח

אפקט הרתעה שלישי המושג באמצעות תביעת החוב הייצוגית נוגע לאינטראקצייה שבין החברה לבין נושיה הלא מובטחים האחרים. מנגנון תביעת החוב הייצוגית צפוי להגדיל את היקף חובות החברה ולהקטין שיעור הנשייה של יתרת הנושים הלא מובטחים,⁶⁶ ולכן תביעת חוב ייצוגית צפויה לתמרץ את שאר נושי החברה להגביר את הפיקוח שלהם על עסקי החברה והתנהלותה ולוודא כי אם יש להם נגיעה ושליטה בזה, החברה נמנעת מהפרות חוק.

נושי חברה מביאים בחשבון ומשקללים את הסיכונים הצפויים להם בהתקשרות עם החברה ומתמחרים סיכונים אלו באמצעות שיעורי הריבית שהם גובים מהחברה. לכאורה, הגשת תובענה ייצוגית נגד החברה היא סיכון ניכר אשר ראוי כי נושי חברה יביאו אותו בחשבון. אולם במצב משפטי הקיים, ללא אפשרות להגשתה של תביעת חוב ייצוגית בהליך חדלות הפירעון, נושי החברה לכאורה אינם נדרשים כלל לשקלל ולהביא בחשבון את האפשרות שתוגש תביעת חוב ייצוגית נגד החברה: אם החברה היא סולבנטית, אזי ממילא חוב זה יפרע במלואו, ואם החברה תיקלע לחדלות פירעון, אזי ממילא יחסום בית המשפט את הליך התובענה הייצוגית. לכאורה, נושי החברה אדישים לאפשרות של הגשת תובענה ייצוגית נגד החברה.

האפשרות להגשת תביעת חוב ייצוגית תוכל לשנות מצב זה. תביעת החוב הייצוגית צפויה להגדיל את נשיית חברי הקבוצה על חשבון שיעורי ההחזר ליתרת נושי החברה הצפויים לרדת. חברה שפעילותה מעלה חשש כי יוגשו נגדה תביעות ייצוגיות תהיה מעתה סיכון עסקי מבחינת נושי החברה, אשר יאלצו להעלות את שיעור הריבית הנדרש ממנה. שוק האשראי צפוי ליצור לחץ על החברה הנתבעת להתחייב להימנע מהפרות חוק כלפי קבוצת הנושים, ובכך תביעת חוב ייצוגית יוצרת הרתעה כלכלית כלפי החברה באמצעות נושיה.

ניתן להמחיש טיעון זה באמצעות מקרה פרטי של ביטוח. נניח כי הנתבעת רוכשת ביטוח מפני תובענות ייצוגיות שיוגשו נגדה. חברת הביטוח תעדכן, ותדרוש, את שיעורי הפרמיה בעבור הביטוח לפי היקף הסיכון להתממשות האירוע הביטוחי. במצב המשפטי כיום אם תיקלע החברה לחדלות פירעון, אזי לא תוכל קבוצת הנושים להגיש תובענה ייצוגית, ולכן הסיכון הצפוי מפני התממשות האירוע הביטוחי נמוך יותר, ושיעור הפרמיה שחברת הביטוח תדרוש יהיה נמוך גם הוא, ותיפגע ההרתעה היעילה כלפי הנתבעת. לכאורה, במצב המשפטי כיום חברת הביטוח גובה פרמיה בשיעור זהה ואחיד מחברות מפרות חוק ומחברות שומרות חוק כאחת. מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע יאפשר לקבוצת הנושים להגיש תביעת חוב ייצוגית גם במקרה של חדלות פירעון. כך יגדל הסיכון

66 בבעיה זו נעסוק בפרק 2.2. (א) להלן.

לחברת הביטוח בכל הנוגע לחברות מפרות חוק, ולכן גם פרמיות הביטוח שתדרוש מהן תהיינה גבוהות יותר. בהנחה כי חברת הביטוח אמנם יכולה להבדיל בין חברה שומרת חוק לבין חברה מפרת חוק, חברת הביטוח תגבה פרמיות נמוכות מחברות שומרות חוק ופרמיות גבוהות מחברות מפרות חוק. מכיוון שהפרת החוק אינה יעילה מבחינה חברתית, חברה מפרת חוק תעדיף מראש להפוך לחברה שומרת חוק ובכך לחסוך את עלויות הפרמיה הגבוהות.

חברה נתבעת אשר לא תעניק התחייבות אמינה כלפי נושיה⁶⁷ להימנע בעתיד מפני הפרות חוק, תיאליץ בהווה לשלם ריביות גבוהות יותר ופרמיות ביטוח גבוהות יותר. לכן גם מן הטעם הזה צפויה החברה הנתבעת להירתע מהפרות חוק.

(ד) הרתעתם של מנהלי החברה

נוסף על כל האמור לעיל, מנגנון תביעת החוב הייצוגית עשוי לתמרץ אף את מנהלי החברה לגרום לחברה להימנע מהפרת הוראות החוק כלפי קבוצת הנושים. אמנם בנסיבות של חדלות פירעון, בעלי המניות לכאורה אדישים לתביעת החוב הייצוגית נגד החברה, אולם ייתכן מאוד כי מנהלי החברה יבקשו לפעול לטובת החברה עצמה ולטובת נושי החברה, ומפאת החשש מפני הגשת תביעת חוב ייצוגית הם יימנעו מהפרות חוק כלפי קבוצת הנושים.

יש כמה סיבות מדוע ניתן לצפות כי מנהלי החברה יורתעו מהגשת תביעת חוב ייצוגית נגד החברה ויגרמו לחברה להימנע מהפרות חוק: ראשית, יש לזכור כי מנהלי החברה נדרשים ממילא לפעול לטובת החברה, ומטרתם למקסם את ערך החברה עצמה. כך קובע חוק החברות,⁶⁸ אשר מחייב את נושאי המשרה לפעול לטובת החברה עצמה. מנהלי חברה הפועלים לטובת החברה יימנעו מהפרות חוק כלפי קבוצת הנושים, שכן הפרות אלו יגרמו לנזק לחברה בשל תביעת החוב הייצוגית אשר תוגש נגדה.

שנית, כאשר חברה נקלעה למצב כלכלי של חדלות פירעון, ואף במהלך "תקופת הדמדומים", הסמוכה למצב חדלות הפירעון (Insolvency zone), מקובלת הדוקטרינה שלפיה חובות האמון של מנהלי החברה עוברות שינוי, וכעת מנהלי החברה נדרשים לפעול לטובת כלל הנושים של החברה, שכן בחדלות פירעון נושי החברה הם הנושים השיריים שלה.⁶⁹ יש לצפות כי מנהלי החברה אשר נדרשים בנסיבות אלו להגן במיוחד על ציבור נושי החברה יימנעו מהפרות חוק אשר יובילו להגשתן של תביעות חוב ייצוגיות ויפגעו בשיעורי הנשייה של אותם נושים. כפי שבמצב הרגיל ובחברה סולבנטית מנהלי החברה צפויים למנוע הפרות חוק בשל החשש להגשתן של תובענות ייצוגיות אשר תפגענה בבעלי המניות,

67 בדרך כלל מדובר בנושים שהם שחקנים מתוחכמים, הדורשים לקבל מידע פנימי על התנהלות החברה, ערביות, ביטחונות ושעבודים, כמו גם אמצעי פיקוח אחרים העומדים לזכות הנושים.

68 ראו סעיפים 252(א) ו-254(א) לחוק החברות. ראו גם ס' 11(א) לחוק החברות, הקובע כי תכלית החברה היא לפעול לטובת השאת רווחים בחברה עצמה. ראו גם ידידיה צ' שטרן "תכלית החברה העסקית – פרשנות והשפעות מעשיות" משפטים לב 327 (2002); ידידיה צ' שטרן תכלית החברה העסקית (2009).

69 ראו איל גבע "חובת הזהירות כלפי נושים בסביבת חדלות פירעון" ספר גרוס – מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסי גרוס 197 (אהרן ברק, יצחק זמיר, דוד ליבאי עורכים, 2015).

כך גם בחברות העומדות בפני חדלות פירעון מנהלי החברה צפויים להימנע מהפרות חוק בשל החשש להגשתן של תביעות חוב ייצוגיות אשר תפגענה בנושי החברה. שלישית, מנהלי החברה חשופים אישית לסיכון שבהליך חדלות הפירעון העתידי יוגשו נגדם תביעות אישיות, בין היתר בטענה כי התרשלו או הפרו חובות אמן בגרמם נזק לחברה בשל הפרת הוראות החוק, ואשר בגינה הוגשה נגד החברה תביעת החוב הייצוגית. לנוכח החשש מהשלכות אישיות אפשריות בהליכי חדלות פירעון יורתעו מנהלי החברה מפני הפרות חוק העלולות להסתיים בהגשתן של תביעות חוב ייצוגיות. לבסוף, קיימים גם שיקולי מוניטין ושיקולי תגמול אשר צפויים לתמרץ את מנהלי החברה למנוע הפרות חוק מצד החברה. הגשת תביעת חוב ייצוגית נגד החברה עלולה להכתים את המוניטין האישי של מנהלי החברה ואולי אף לפגוע בשכרם, וייתכן שאף מן הטעמים הללו יירתעו מנהלי החברה מהפרת החוק.

(ה) ניצול לרעה של הליכי חדלות הפירעון

עד עתה הסברנו כיצד מנגנון תביעת החוב הייצוגית יוכל להתיע מפני הפרות חוק. נבקש לטעון גם כי מנגנון תביעת החוב הייצוגית יוכל להתיע גם את החברה, בעלי מניותיה או נושיה מפני האפשרות ליזום ולפתוח בהליך של חדלות פירעון כדי להכשיל תובענה ייצוגית קיימת או עתידית.

נכון למצב המשפטי דהיום, מרגע שנפתח הליך של חדלות הפירעון נגד חברה נתבעת, אי אפשר עוד להגיש תובענה ייצוגית חדשה או להמשיך בהליכי תובענה ייצוגית קיימת.⁷⁰ לאחר כניסת החברה להליך חדלות פירעון יאלצו חברי קבוצת הנושים להגיש אישית תביעות חוב פרטניות מטעמם, ויש להניח כי מספר תביעות החוב אשר יוגשו בפועל יהיה קטן יחסית,⁷¹ ולכן סכום תביעות החוב שיוגשו יהיה נמוך בהרבה מסכום התביעה בתובענה הייצוגית. אפשרות שכזאת להדוף בקלות תובענה ייצוגית שהוגשה נגד חברה מעלה את החשש שהחברה עצמה, בעלי מניותיה או נושיה האחרים ייזמו ויפתחו בהליך של חדלות הפירעון כדי לחסום ולהכשיל תביעה ייצוגית קיימת או צפויה. יש לזכור כי לחברה עצמה, לבעלי מניותיה ולנושים לא מובטחים אחרים יש אינטרס כלכלי של ממש לסכל את התובענה הייצוגית מצד חברי קבוצת הנושים. לכן קיים חשש שהחברה או נושיה ייזמו הליך של הבראה או הסדר חוב לחברה, ובהליך זה תימחק התובענה הייצוגית, ושיעורי ההחזר לבעלי המניות ולשאר הנושים יגדלו במידה ניכרת.⁷²

70 ראו הדיון בפרק א לעיל.

71 לבעיית תמריצי החסר של קבוצת הנושים, שהיא חמורה במיוחד בנסיבות של חדלות פירעון, ראו פרק ב.1. לעיל.

72 אלו היו הנסיבות בעניין *In re SGL Carbon Corp.*, 200 F.3d 154 (3d Cir. 1999), שם הגישה חברה בקשה להסדר חוב כשמטרתה המוצהרת הייתה להיפטר מהתובענה הייצוגית שהוגשה נגדה. החברה הצהירה על חוסנה הכלכלי והציעה שבמסגרת הסדר החוב כל החובות לנושיה ישולמו במלואם, למעט לחברי הקבוצה התובעת. בית המשפט קבע שם כי מדובר בניסיון לנקוט חוסר תום לב בהליכי הבראה, ולכן דחה את בקשת החברה להסדר חוב. ראו גם סעיף 15 לעמדת רשות לניירות ערך בעניין אקסטרא פלסטק, לעיל ה"ש 36.

מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע ימנע אפשרות זו לחסימת תובענה ייצוגית קיימת או עתידית. אם החברה תיקלע להליכי חדלות פירעון, תוכל התובענה הייצוגית שהוגשה נגד החברה לעבור לפסים של תביעת חוב ייצוגית.⁷³

לסיכום, תביעת החוב הייצוגית המוצעת אכן יוצרת הרתעה כלכלית מפני הפרות חוק עתידיות, גם בנסיבות שבהן החברה נקלעת להליכי חדלות פירעון. תביעת החוב הייצוגית תרתיע מראש חברות, בעלי מניות, מנהלים ונושים אחרים מפני הפרות החוק ומגרימת נזק לחברי קבוצת הנושים, ובכך תוכל תביעת החוב הייצוגית למנוע מראש נזקים רבים.

3. יעילות הדיון ומתן סעד הולם לנפגעים

כאמור, שתי תכליות נוספות שמונה החוק לקיומו של מנגנון התובענה הייצוגית הן "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות" וכן "מתן סעד הולם לנפגעים [...]".⁷⁴ דיון נרחב על תכליות אלו יוצג בהרחבה בפרק הבא, בדיון במנגנון תביעת החוב הייצוגית בראי ההליך של חדלות הפירעון.

בקצרה נאמר כי כפי שהוצג בדוגמה לעיל, אם תתאפשר האופצייה להגשת תביעת חוב ייצוגית, כמוצע במאמר זה, במקום שהנאמן מטעם בית המשפט יידרש לטפל באלפי תביעות חוב דומות מטעם אלפי לקוחות שונים, יקבל הנאמן לטיפולו תביעת חוב אחת, קולקטיבית, בשם כלל חברי הקבוצה. גם אם מביאים בחשבון שבדרך כלל, בשל תמריצי החסר שנדרונו לעיל יבחרו מרבית חברי הקבוצה הייצוגית שלא להגיש תביעת חוב אישית בעצמם, אין לצפות שכלל חברי הקבוצה יפעלו כך. לפיכך, גם אם נניח כי רק שיעור קטן יחסית מקרב חברי הקבוצה יגיש תביעה אישית, בעל התפקיד מטעם בית המשפט צפוי להידרש לדון במספר גדול מאוד של תביעות חוב אישיות. לכן אף מבחינת תכליתה של יעילות הדיון ו"ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות", דומה כי המנגנון המוצע של הגשת תביעת חוב ייצוגית יגשים את מטרתו. כפי שנראה בהמשך, ניתן למנות כמה טיעוני ביקורת שלפיהם ההליך המוצע עלול דווקא להכביד על קופת הפירוק ולייצר עלויות נוספות (כגון השכר לתובע הייצוגי ובא כוחו). היבט זה של הדיון ביעילות קשור יותר לדיון בתכליותיו של הליך חדלות הפירעון, ומשכך הוא יידון בפרק הבא.

לבסוף, מנגנון תביעת החוב הייצוגית מאפשר לכלל חבריה של קבוצת הנושים להשתתף בהליך חדלות הפירעון ולקבל חלק יחסי ושווה מכלל הנשייה, ואלמלא מנגנון תביעת החוב הייצוגית סביר להניח כי כל אותם נושים לא היו מקבלים מאומה. לפיכך המנגנון מגשים גם את התכלית של "מתן סעד הולם לנפגעים". ניתן להקשות ולטעון שבמרבית המקרים של תביעות ייצוגיות הפיצוי איננו מגיע בפועל לחברי הקבוצה,⁷⁵ ומשכך לא ברור עד כמה תכלית ההשבה אכן מתגשמת. אולם מנגד יש לזכור כי טיעון זה נכון כלפי כל תובענה ייצוגית שהיא. בנוסף, חשוב להדגיש כי לאור הצעתנו שתפורט בהמשך – שלפיה התגמול

73 ראו דיון בפרק ד.2. (א) להלן.

74 ס' 1(3) ו-1(4) לחוק תובענות ייצוגיות בהתאמה.

75 ראו למשל וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 745: "[...] רק ב-15.7% מהתיקים ניתנו סעדים בעלי שווי כספי. סעדים אלה היו ברובם סעדים שאינם העברה כספית אוטומטית לקבוצה המיוצגת".

לתובע המייצג ושכר הטרחה לעורך דינו יהיו רק מתוך הכספים שתקבל הקבוצה בפועל⁷⁶ – דומה כי תביעת החוב הייצוגית תוגש רק במקרים שבהם אינטרס ההשבה ("מתן סעד הולם לנפגעים") אכן יתקיים, מכיוון שהתובע הייצוגי מתומרץ להגיש את תביעת החוב רק במקרים שבהם הוא מעריך שיהיו תקבולים בפועל לחברי הקבוצה.

ג. תביעת חוב ייצוגית – בראי תכליותיהם של דיני חדלות הפירעון

בפרק הקודם הראינו כי בניגוד מסוים לטענה שזכתה לאחיזה בפסיקה, לא יהיה נכון לקבוע שבנסיבות שבהן חברה נתונה במצב של חדלות פירעון התכליות הרגילות שביסוד מנגנון התובענה הייצוגית חדלות מלהתקיים. יתר על כן, הראינו שבנסיבות אלו חלקן של התכליות הקלאסיות מתקיימות אף ביתר מובהקות. בפרק זה נבקש להראות כי תביעת החוב הייצוגית גם לא תפגע במטרות דיני חדלות הפירעון עצמם ולמעשה אף תקדמם.⁷⁷ לפיכך ובטרם נידרש להקשרים הספציפיים הנוגעים לטיעון המוצג במאמר זה, ראוי להציג בתמצית את עיקרי תכליותיהם של דיני חדלות הפירעון.

הדיון בתכליתם של דיני חדלות הפירעון הוא נרחב ורב שנים ומתמזה בעיקר במאבק בין שתי גישות משפטיות עיקריות. הגישה המסורתית לחדלות פירעון דוגלת בקידום של מטרות חברתיות באמצעות דיני חדלות הפירעון, כגון חלוקה הוגנת וראויה של משאבי החברה בין הנושים השונים, דאגה לעובדי החברה וללקוחותיה, דאגה לספקים התלויים בהמשך קיומה של החברה, צמצום הנטל על הקופה הלאומית ועוד.⁷⁸ על פי גישה זו, במרכזם של דיני חדלות הפירעון עומדים כללי החלוקה וסדרי עדיפויות הנושים בהליך חדלות הפירעון. כללים אלו נועדו לבסס את עקרונות השוויון המצוי בלב הליך זה, לבטל יתרונות העומדים לנושים "חזקים" בעלי מידע ותחכום ולהיטיב עם נושים משוכללים פחות שעליהם מבקשת הגישה המסורתית להגן.⁷⁹

מנגד, גישת הניתוח הכלכלי של המשפט טוענת כי דיני חדלות הפירעון נועדו לכוון הליך קיבוצי כפוי ולנצל את מאגר הנכסים המשותף של החברה ביעילות הרבה ביותר לתועלת כלל הנושים, ובעיקר הנושים הלא מובטחים.⁸⁰ נושי החברה צופים פני עתיד – סיטואציה אפשרית של חדלות פירעון – לכן הם צפויים לאמץ בעצמם את הכללים היעילים ביותר עבורם. דיני חדלות הפירעון נועדו אפוא לנסח עבור הנושים את הכללים המיטביים להשגת יעילות כלכלית מרבית, להקטין את בעיית המאגר המשותף ולהפחית את שיעורי האשראי אשר החברה משלמת לנושיה.⁸¹

76 ראו בפרק ד.2. (ב) להלן.

77 לדיון מורחב בתכליות אלו ראו למשל דוד האן דיני חדלות פירעון 67–125 (2009); עומר קמחי "דיני חדלות-פירעון – מגישה חברתית לגישה כלכלית" עיוני משפט לו 417, 459 (2013).

78 האן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 102.

79 שם, בעמ' 103–104.

80 ראו למשל קמחי, לעיל ה"ש 77, בעמ' 418, 420, 431 (ובה"ש 41 שם), 437.

81 ראו האן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 89–92.

להלן נסקור את השלכות יישומו של מנגנון תביעת החוב הייצוגית על הליך חדלות הפירעון בראי שתי הגישות השונות. לשם כך בחרנו להתייחס אל שני היבטים מרכזיים בהליך חדלות הפירעון: חיסכון בעלויות ההליך, עקרון השוויון בין הנושים והסדרת מערכת היחסים בין הנושים לבין עצמם. ההיבט הראשון שבחרנו לבחון הוא "חיסכון בעלויותיו של הליך חדלות הפירעון". תכלית חיסכון בעלויות הצדדים משותפת לגישה החברתית ולגישה הכלכלית, והיא נועדה להבטיח כי הליך חדלות הפירעון ינוהל ניהול מיטבי על מנת להקטין ככל שניתן את עלויות הצדדים המבקשים לצמצם את נזקיהם. ההיבט השני שנסקור הוא 'עקרון השוויון בין הנושים', שהוא תכלית מרכזית בגישה החברתית להליך חדלות הפירעון. בהמשך לדיון בהיבט השני ובעקרון השוויון נבקש לעסוק גם בהסדרת מערכת היחסים בין הנושים לבין עצמם כקבוצה קולקטיבית, בראי הגישה הכלכלית להליך חדלות הפירעון. כפי שנראה להלן, תכליות הליך חדלות הפירעון משתלבות היטב עם מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע, ואף זוכות לחיזוק חשוב בזכות יישומו.

1. חיסכון בעלויותיו של הליך חדלות הפירעון

אחת מתכליותיו העיקריות של הליך חדלות הפירעון היא הרצון לחסוך בהוצאות הצדדים ובעלויות הנובעות מן ההליך.⁸² חיסכון בעלויות הצדדים יוביל להרחבת מאגר הנכסים לחלוקה, להגדלת שיעורי ההחזר הצפויים לנושים ולהפחתת שיעורי האשראי. כפי שצוין לעיל, תכלית הקטנת הוצאותיו של ההליך המשפטי היא גם אחת מתכליות התובענה הייצוגית.⁸³

לעמדתנו, תביעת החוב הייצוגית המוצעת תוביל לחיסכון בהוצאותיו של הליך חדלות הפירעון. למרות האמור, בפרק זה נדון בחששות השונים שלפיהם תביעת החוב הייצוגית עלולה דווקא להגדיל את הוצאותיו של הליך חדלות הפירעון. למשל, הגשת תביעת חוב ייצוגית תחייב להעניק לנושה הייצוגי ולבא כוחו גמול ושכר טרחה עבור מאמציהם בתביעת החוב הייצוגית. גמול נוסף זה פירושו הוצאות משפטיות נוספות, על חשבון שיעורי ההחזר של הנושים. חשש נוסף הוא מפני עיכוב אפשרי בהליך חדלות הפירעון עד להכרעה בתביעת החוב הייצוגית. בנוסף, קיימים חששות שהעלות הכרוכה בהעברת תשלומי פיצוי קטנים לכל אחד מחברי קבוצת הנושים תהיה גבוהה מדי ותעלה על התועלת שבכך. אנו נבקש לדון להלן בחששות אלו ולהפיגם.

(א) הגדלת ההוצאות בהליך חדלות פירעון

חשש מהותי אשר ניתן להעלות נגד הליך תביעת החוב הייצוגית הוא כי ההליך המוצע אינו יעיל, שכן הוא רק יגדיל את שיעור ההוצאות הכולל של הליך חדלות הפירעון. מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע מוסיף שני משתתפים חדשים להליך: הנושה הייצוגי ועורך הדין מטעמו, ושניהם צפויים לקבל תגמול עבור מאמציהם בהליך. שני בעלי התפקיד הללו

82 ראו למשל Alan Schwartz, *A Normative Theory of Business Bankruptcy*, 91 VA. L. REV 1199 (2005), שם טוען פרופ' אלן שוורץ מאוניברסיטת ייל כי התכלית העיקרית והיחידה של הליך חדלות הפירעון היא חיסכון בעלויות ההון של החברות.

83 ראו ס' 1(4) לחוק תובענות ייצוגיות.

אינם פועלים ל"הגדלת העוגה" ולהגדלת סכום הנשייה העומד לחלוקה בין הנושים, אלא לשינוי אופן "חלוקת העוגה" בלבד בין הנושים השונים. לפיכך התועלת החברתית מפעילותם היא לכאורה שלילית. עלות השכר של הנושה הייצוגי ושל עורך דינו רק תגרע מסכום הנשייה הכולל העומד לחלוקה בין הנושים.

קיימות כמה תשובות אפשריות לטיעון זה: ראשית, מנגנון תביעת החוב הייצוגית דווקא צפוי להוביל לחיסכון בעלויות ובהוצאות המשפטיות הכרוכות בהליך חדלות הפירעון, הן לחברי קבוצת הנושים והן לבעל התפקיד מטעם בית המשפט. כאמור, תביעת החוב הייצוגית תוביל לחיסכון ניכר בעלויות חברי הקבוצה: מקום שכל אחד מחברי הקבוצה יגיש בעצמו תביעת חוב מטעמו ירכז הנושה המייצג את כלל תביעות החוב ויגישן לבעל התפקיד כתביעת חוב מרוכזת אחת בשם הקבוצה כולה. כך תיחסך עלות הכנתה והגשתה של תביעת חוב לכל אחד ואחד מחברי הקבוצה. במילים אחרות, תביעת החוב הייצוגית אמנם מחייבת שכירת שני משתתפים נוספים להליך ולהעניק להם גמול נוסף, אולם שני המשתתפים הנוספים הללו יבואו במקומם של חברי קבוצת הנושים, והעלות של שני המשתתפים הללו תבוא במקום סך העלויות וההוצאות של כל אחד מחברי הקבוצה. תביעת החוב הייצוגית יכולה לחסוך גם בעלויות בעל התפקיד עצמו: מקום שבעל התפקיד יידרש לדון ולברר בתביעות חוב רבות נפרדות זו מזו, יוכל בעל התפקיד מעתה לברר תביעת חוב מרוכזת אחת, בהליך אחד ובמסמך אחד. מנגנון תביעת החוב הייצוגית יהפוך את ניהולו של הליך חדלות הפירעון לקל, יעיל וזול יותר.

שנית, על פי הצעתנו, עלות הגמול לנושה המייצג ועלות שכר הטרחה של עורך הדין מטעמו יגיעו מקופת הנשייה של חברי קבוצת הנושים בלבד.⁸⁴ שאר הנושים בחברה אינם צפויים כלל לשאת בעלויות אלו, ולכן לכאורה לא יוכלו לבוא בטענות בקשר לכך.

(ב) עלות גבוהה בהעברת תשלומים קטנים לנושים רבים

חשש נוסף אשר ניתן להעלות בקשר לתביעת החוב הייצוגית הוא בדבר השיעור הנמוך של סכום הפיצוי הצפוי לכל אחד מחברי הקבוצה. על פי המנגנון המוצע, כל אחד מחברי הקבוצה צפוי לקבל החזר חלקי מסכום נשייתו, אשר כבר מלכתחילה היה נמוך. החזר חלקי של נשייה בסכום נמוך מעלה את החשש כי סכום הפיצוי הסופי אשר ישולם בסופו של דבר לכל אחד מחברי הקבוצה יהיה סכום מזערי ולמעשה זניח. לכאורה אין תועלת כלכלית בהליך פרודורלי יקר אשר כל תכליתו להעביר מיד ליד סכומי פיצוי בשיעורים זניחים. יש לציין כי טיעון זה עולה גם בהקשר של התובענה הייצוגית הרגילה.

לכך ניתן להשיב, ראשית, כי התועלת העיקרית שבהליך הייצוגי היא בהרתעת החברה ולא בפיצוי הנפגעים.⁸⁵ עצם האפשרות שתוגש בעתיד תביעת חוב ייצוגית היא אקס־אנטה הרתעה מפני הפרת החוק, ולכן החשש שבמקרים מסוימים העברת פיצוי לנושים לא תתאפשר בסופו של דבר הוא שיקול משני בלבד. שנית, לפי עקרון השוויון בין הנושים, שבו נעסוק להלן,⁸⁶ חברי הקבוצה זכאים להחזר יחסי של חובם גם אם מדובר בסכומים

84 ראו לעניין זה פרק ד.2.(ב) להלן.

85 ראו הדיון לעיל בפרק ב.

86 ראו פרק ג.2. להלן.

נמוכים יחסית. שלישית, ממילא עלות העברת התשלומים לחברי הקבוצה מוטלת על חברי הקבוצה עצמם ולא על קופת הפירוק.⁸⁷

כאמור, בעיית שיעורי ההחזר הנמוכים לחברי הקבוצה עולה גם בהקשר של תובענה ייצוגית רגילה. פעמים רבות מדי אין אפשרות מעשית להעביר את כספי הפיצויים לתובעים עצמם. לעתים עלות העברת הכספים לכל אחד ואחד מהחברים בקבוצה כרוכה בעלויות ובהוצאות גבוהות מדי.⁸⁸ לעתים אי אפשר לאתר את חברי הקבוצה.⁸⁹ בכל אותם מקרים בית המשפט נדרש לאשר העברה של כספי הפיצויים למוטב אחר, והתובענה הייצוגית מסתיימת בתשלום לעמותה או למטרה ציבורית כללית ללא כל פיצוי לחברי קבוצת התובעים עצמה. לענייננו ניתן לטעון כי גם במקרה הפרטי של תביעת חוב ייצוגית ייתכן שיתעוררו מקרים שבהם העברת סכומי הפיצויים לידי חברי קבוצת הנושים לא תהיה אפשרית או יעילה, והנושה הייצוגי יאלץ להעביר כספים אלו לידי צדדים שלישיים. בכל אותם מקרים תביעת החוב הייצוגית תגרום לאבדן של כספים מקופת חדלות הפירעון, ובנסיבות אלו תביעת החוב הייצוגית לא תהיה יעילה.

ניתן להתמודד עם בעיה זו בכמה דרכים.⁹⁰ דרך אחת היא זו: אם יתברר בדיעבד כי אכן אי אפשר להעביר את הפיצוי הכספי אל קבוצת הנושים, אזי יהיה בית המשפט רשאי להורות שהפיצוי הכספי יועבר אל קופת חדלות הפירעון הכללית, יחולק בין יתר נושי החברה, ומכל מקום לא יועבר לצדדים שלישיים שאינם נושים: דרך שנייה היא לקבוע מראש כי הגמול לתובע הייצוגי ושכר הטרחה לבא כוחו ישולמו רק מתוך סך הכספים אשר ישולמו ויועברו בפועל לידי חברי הקבוצה. כך, במקרה שהתובע הייצוגי יעריך מראש כי בסופו של הליך לא יהיה ניתן לשלם בפועל לחברי קבוצת הנושים, הנושה הייצוגי לא יבקש כלל לפתוח בתביעת חוב ייצוגית.

(ג) התמשכותם של הליכי חדלות הפירעון

כידוע, הליך חדלות הפירעון נועד מעצם מהותו להיות מהיר ויעיל. בהליך חדלות הפירעון יש חשיבות רבה למשך הזמן אשר נדרש להשלמת ההליך. במקרים כגון הבראת חברה או מכירת עסק חי, התמשכותו של הליך חדלות הפירעון עלולה להסב לחברה נזק רב. לפיכך חשש אפשרי נוסף הוא שתביעת החוב הייצוגית תגרום לעיכוב הליך חדלות הפירעון עד להכרעה בה.

87 ראו פרק ד.2. (ב) להלן.

88 לדוגמה, כאשר סכום הפיצוי לכל נושה בנפרד הוא כה נמוך, עד אשר העלויות של כתיבת הצ'ק, שליחתו בדואר והפקדתו בחשבון הנושה הנן גבוהות מסכום ההחזר הזניח על גב אותו צ'ק. ראו למשל ת"צ (מינהליים ת"א) 21832-02-12 ליבוביץ נ' מי אביבים 2010 בע"מ (פורסם בנבו, 27.11.2012).

89 לדוגמה כאשר מתעורר קושי לאתר את פרטי חשבון הבנק או את כתובתם המדויקת של חברי הקבוצה. ראו לדוגמה ת"צ (מחוזי חי) 17852-10-09 גור נ' דור אלון אנרגיה בישראל (1998) בע"מ (פורסם בנבו, 10.7.2016), שם נדון עניין של חברי קבוצה שמילאו דלק בתחנות שונות, ונאמר כי קיים קושי לאתר את חברי הקבוצה ולהעניק להם פיצוי.

90 לבעיה של חלוקת סכומי כסף קטנים לקבוצת תובעים רחבה, לפתרונות השונים לבעיה זו ולפתרון מוצע נוסף לחלוקה בדרך של הגרלה, ראו שי נ' לביא "גלגל המזל: כיצד לחלק את קופת הפיצוי בתובענות ייצוגיות?" עיוני משפט מ 321 (2017).

מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע מבקש למעשה לאפשר לתובע ייצוגי לנהל תובענה ייצוגית במסגרת וכחלק מתיק חדלות הפירעון. מכאן עולה החשש כי תביעת החוב הייצוגית תחייב את עיכוב התקדמותו של הליך חדלות הפירעון, שכן כל עוד תביעת החוב הייצוגית נידונה ואינה מוכרעת, לא ברור היקף חובותיה של החברה, ובעל התפקיד אינו יכול להתקדם ולסיים את הליך חדלות הפירעון. האפשרות להגשת תביעת חוב ייצוגית בתוך תיק חדלות הפירעון עלולה לסבך את משך הדיונים בתיק חדלות הפירעון ולהאריך ובכך לגרום נזק רב לחברה ולנושיה. לדוגמה, משך חיי תיק תובענה ייצוגית, מיום הגשת הבקשה לאישור ועד ליום קבלת החלטה סופית הסוגרת את התיק, הוא 418 ימים בממוצע.⁹¹ לכאורה ניתן לטעון כי מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע יגרום בהכרח להליך חדלות הפירעון להימשך אף הוא 418 ימים בממוצע לפחות.

ברם גם חשש זה ניתן להפיג. ראשית, הנתון לעיל בדבר משך חיי תובענה ייצוגית ממוצעת מתייחס אל תובענה ייצוגית המוגשת ומתנהלת במסגרת הליך עצמאי ונפרד. נתון זה רלוונטי לשאלת האישור של בית המשפט להמשיך ניהול התובענה הייצוגית כהליך עצמאי ונפרד מחוץ לתיק חדלות הפירעון. מכיוון שניהול התובענה הייצוגית מחוץ להליך חדלות הפירעון צפוי להיות ממושך יחסית, נימוק זה דווקא מחזק את היתרון הגלום בניהול תביעת החוב הייצוגית בתוך תיק חדלות הפירעון.

נדגיש כי לפי הצעתנו אופן ניהול תביעת חוב ייצוגית, בתוך תיק חדלות הפירעון, צפוי להיות שונה לחלוטין מאופן ניהול תובענה ייצוגית בבית המשפט. תביעת החוב הייצוגית צפויה להיות מהירה וזולה הרבה יותר מתובענה ייצוגית בבית משפט אזרחי רגיל. תביעת חוב ייצוגית תוכרע בידי בעל התפקיד מטעם בית המשפט, גוף שהוא לכאורה אובייקטיבי ונטול אינטרסים אישיים, אשר יכריע בתביעת החוב במהירות ומחוץ לכותלי בית המשפט, ללא כפיפות אל כללי הראיות וסדרי הדין הרגילים. אין מדובר כאן בתובענה משפטית טיפוסית, שבה החברה הנתבעת מנסה להכשיל ולעכב ככל שניתן את הליכי התובענה. גם כאשר תידרש התערבות שיפוטית בעניין תביעת החוב הייצוגית, מוצע כי הדיון ייעשה במסגרת הדיונית של "בקשה למתן הוראות", שהוא הליך משפטי קצר ומהיר, בשונה מהליכי ההתדיינות הארוכים והממושכים בבית המשפט האזרחי. לסיכום, על פי ההצעה, תביעת החוב הייצוגית תידון ותוכרע כתביעת חוב, במסגרת הזמן שבו תוכרענה כל יתר תביעות החוב בחברה, ולכן היא אינה צפויה להאריך את מועד סיומו של הליך חדלות הפירעון.

אמנם לעתים הדיון בתובענה ייצוגית מצריך מומחיות גדולה, והיה ניתן להקשות ולשאול אם לבעל התפקיד מטעם בית המשפט יכולת להכריע בשאלות מורכבות אלו של עובדה ומשפט בהצלחה רבה יותר מזו של בית המשפט או דומה לה (הגם שההנחה או הטענה שבית המשפט עושה זאת טוב ממנו גם היא אינה טריוויאלית וטעונה הוכחה). אולם חשוב לזכור כי החלופה לתביעת החוב הייצוגית היא הגשתן של מאות או אלפי תביעות חוב אישיות ופרטניות, מצד כל אחד מחברי הקבוצה בנפרד. דהיינו, בעל התפקיד בכל

91 אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר-שדה תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית 35 (מחלקת מחקר של הרשות השופטת, 2014) / elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/25122014.pdf

מקרה יידרש לפסוק בכל אחד מן המקרים אם להכיר כתובע כנושה לגיטימי אם לאו. ברי כי הגשת כל תביעות החוב הללו יחד, במרוכז ובמסמך אחד, יכולה רק להקל ולקצר את משך בירורן של תביעות אלו.

בנוסף, נושים רבים מחברי קבוצת הנושים אינם מודעים למועד שנקבע להגשת תביעות חוב, ולכן בהליכי חדלות פירעון רבים מוגשות עוד ועוד תביעות חוב לאחר המועד שנקבע לכך, ובית המשפט נאלץ בדיעבד להאריך שוב ושוב את המועד שנקבע להגשתן.⁹² המנגנון של תביעת חוב ייצוגית יכול להשליט סדר בכל אותן בקשות חוזרות להארכת מועד להגשת תביעות חוב ולשים להן סוף, כיוון שמלכתחילה כל חברי קבוצת הנושים תצורף לתביעת החוב הקיבוצית.

(ד) הצורך במינוי בעל תפקיד נוסף

בהמשך הדברים ניתן להוסיף ולתהות אם אמנם קיים צורך של ממש במינוי בעל תפקיד נוסף – הנושה המייצג את חברי הקבוצה – בהתחשב בכך שכבר קיים בעל תפקיד אשר מונה על ידי בית המשפט, המפרק או המנהל המיוחד, וממילא בעל תפקיד זה כבר פועל כידו הארוכה של בית המשפט לטובת כלל הנושים השונים. כבר כיום קיים בעל תפקיד אשר מוטלות עליו חובות אמון, והוא נדרש לפעול לטובת כלל הנושים. מדוע יש צורך בבעל תפקיד נוסף, ואין להניח כי בעל התפקיד הקיים יפעל לטובת חברי הקבוצה שבה עוסקת תביעת החוב הייצוגית?

ראשית, יש לזכור כי חובת הנאמנות של בעל התפקיד היא לנושים שהם חלק מהליך חדלות הפירעון, קרי נושים שהצטרפו בפועל להליך. עולה השאלה אם בעל התפקיד חב בחובות אמון גם כלפי צדדים שלישיים אשר נמנעו מלהצטרף להליך חדלות הפירעון.⁹³ כאמור בפרק הראשון, קיים חשש כבד כי נושים רבים מקרב חברי הקבוצה לא יגישו כלל תביעות חוב בשל העלויות הכרוכות בכך. נושים אלו לא יהיו חלק מהליך חדלות הפירעון, ולכן טובתם כלל לא תיוצג בהליך, גם לא על ידי בעל התפקיד.

שנית, לבעל התפקיד אשר מינה בית המשפט אין כל אינטרס ותמריץ כלכלי לפעול על מנת לצרף נושים נוספים אל הליך חדלות הפירעון. בעל התפקיד מטעם בית המשפט מקבל את שכרו לפי כמה חלופות שנקבעו בתקנות.⁹⁴ על פי חלופות אלו, בעל התפקיד מתוגמל בתשלום שכר ניהול,⁹⁵ שכר מימוש⁹⁶ או שכר טרחה לפי חלוקה בפועל.⁹⁷ רכיב מרכזי

92 ראו עניין הוועדה לתכנון ולבניה, לעיל ה"ש 38.

93 אמנם הוראות תקנה 29 לתקנות החברות (פירוק) קובעות כי על הכונס הרשמי לשלוח הודעות על אספות הנושים, גם לנושים ולמשתתפים אשר לא הגישו תביעות חוב, ושמותיהם ידועים לו מתוך דוח מצב העסקים שהוגש או מספרי החברה. אולם אין מוטלת על הכונס הרשמי חובה אקטיבית לאתר נושים שלא הגישו תביעות חוב. הוראות התקנה גם קובעות כי חוקיות האספות לא תיפגע אם הודעות אלו לא נשלחו או לא התקבלו.

94 ראו תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א–1981 (להלן: תקנות בדבר מינוי כונסי נכסים).

95 לפי תקנה 7 לתקנות בדבר מינוי כונסי נכסים, שכר ניהול משולם לבעל תפקיד, לא יותר מפעם בשלושה חודשים, באחוזים מתקבולים ממכירת מוצרים או שירותים שהם עיסוקה של החברה שבפירוק או בכינוס נכסים, והנמכרים בתוך כדי הניהול, שנתקבלו במזומן בתקופה שבעדה הוא נקבע.

בחשוב שכר הטרחה לפי חלופת החלוקה בפועל הוא שיעור ההחזר לנושים (באחוזים) מתוך כלל הנשייה. בשל אופן חישוב שכר הטרחה של בעל התפקיד, לבעל תפקיד יש תמריץ שלילי לצרף את חברי קבוצת הנושים להליך ותמריץ שלילי לקבל את תביעתם. הרחבת קבוצת הנושים בהליך תוביל להגדלת היקף הנשייה כנגד החברה ולירידה בשיעור אחוז ההחזר לכלל הנושים, מה שיובייל להפחתת שכר הטרחה שלו יהיה זכאי בעל התפקיד. אם היינו מבקשים לגרום לבעל התפקיד לפעול על מנת לצרף את חברי קבוצת הנושים להליך ולפעול למען טובתם, היה עלינו להעניק לבעל התפקיד תמריץ כלכלי מתאים לעשות כן. זהו למעשה תפקידו של הנושה המייצג ובא כוחו.

שלישית, גם אם בעל התפקיד היה פועל מיזמתו לצירוף חברי קבוצת הנושים אל הליך חדלות הפירעון, גם אז יש להניח כי חברי קבוצת הנושים לא היו משתתפים אקטיבית בהליך. יש להניח כי לחברי הקבוצה לא היה חלק פעיל במשא ומתן על תנאי ההסדר, והם לא היו מצביעים באספות החוב לאישור או לדחיית ההסדר. ברי כי בעל התפקיד אשר אמון על טובת כלל הנושים אינו יכול לנהל משא ומתן או להצביע בשם חברי הקבוצה. סוגיה זו מובילה אותנו אל ההבדל הרביעי והוא החשש מניגודי אינטרסים בין קבוצות הנושים השונות בהליך. ברי כי במקרים של ניגודי אינטרסים כאמור בעל התפקיד אינו יכול לפעול לטובתם של חברי קבוצת הנושים דווקא.

לסיכום, ייתכן שבמקרים מסוימים בעל התפקיד הקיים יסייע, או יהיה מעורב, בטיפול בחברי קבוצת הנושים.⁹⁸ ברם חובת האמון הכללית של בעל התפקיד אינה יכולה להיות

96 לפי תקנה 8 לתקנות בדבר מינוי כונסי נכסים, שכר מימוש משולם לבעל התפקיד באחוזים מתקבולי מימוש שאינם תקבולי הכנסה, ומקורם בגביית חובות ובמכירת נכסים וכל תקבול אחר שקיבל בעל תפקיד כמפורט להלן, למעט מזומנים שהיו בידי החברה או שעמדו לזכותה ביום תחילת עבודתו בפועל של בעל התפקיד, ולמעט הכספים שהועברו לבעל התפקיד מכונס נכסים או מפרק אחר.

97 שכר זה משולם לפי מדרג המבוסס על שיעור החלוקה בפועל לכלל הנושים מתוך סך נשייתם. על פי המדרג הקבוע בתקנות, במדרגה הנמוכה שבה חולק לנושים בין 0% ל-9% מסך הנשייה, יהיה שכר הטרחה לא יותר מ-2% מתוך הסך שחולק, ואילו במדרגה הגבוהה, כאשר חולקו בפועל 80% או יותר מסך הנשייה, יהיה שכר הטרחה 11%-12% מסך הנשייה. כמו כן וכפי שקובעות התקנות, בנסיבות מיוחדות, שירשמו, שנבעו ממאמץ מיוחד, שעות עבודה רבות, הצלחה מוכחת בביצוע התפקיד וחלוקת הרכוש ומשך זמן קצר במיוחד לסיום תפקידו, רשאי בית המשפט לפסוק לבעל תפקיד שפעל כאמור לא יותר מ-15% ולא פחות מ-12% מסך הנשייה לחלוקה (ראו תקנה 8 לתקנות בדבר מינוי כונסי נכסים).

98 חשוב להזכיר כי בעלי התפקיד אמנם פעלו לטובת חברי הקבוצה הן בפרשת קלאב מרקט – פש"ר (מחוזי ת"א) 1700/05 הנאמנים בהסדר נושים של קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 5.10.2008) – והן בפרשת פירוק רשות השידור – פר"ק (מחוזי י-ם) 11446-08-14 בן ארי נ' מפרק רשות השידור (פורסם בנבו, 19.10.2014) (החלטה בבקשה 9) (להלן: פר"ק בן ארי); ת"צ (מינהליים ת"א) 15726-07-13 בן ארי נ' רשות השידור (פורסם בנבו, 10.7.2014) (להלן: ת"צ בן ארי). במקרה של קלאב מרקט בעלי התפקיד קבעו חד-צדדית ובאישור בית המשפט, כי כל שובר של רשת המרכולים יכובד, בכפוף לכמה תנאים. חשוב להדגיש כי לא היה כל משא ומתן בעניין זכויות קבוצת הנושים. ההחלטה לכבד את שוברי הרשת נעשתה משיקולי מוניטין ושיווק, ובעיקר מרצון לעודד ולמשוך לקוחות אל סניפי החברה. מובן שרוב מוחלט של מחזיקי השוברים לא הגישו תביעות חוב ולא הצטרפו לנושים להליך. פרשת פירוק רשות השידור גם היא מקרה יוצא דופן, אשר אינו משקף את מהלכם הרגיל של דברים. שם מדובר בתהליך פירוק מיוחד ומורכב של תאגיד סטטוטורי, שההחלטה על פירוקו נקבעה בחקיקה, ואף זהותו של המפרק (הכנ"ר) נקבעה בהוראות החוק. באותו מקרה הוגשה

תחליף לייצוג הולם לנושים, להשתתפות פעילה בהליך, לניהול משא ומתן ולהצבעה בו. כל אלו הן זכויות מהותיות בהליך חדלות פירעון, ובעל התפקיד אינו יכול לסייע לנושים לממש אותן. המזור היחיד לחברי קבוצת הנושים הוא במינוי נושה מייצג אשר יפעל עבורם.

2. הבטחת עקרון השוויון בין הנושים

מושכל יסודי בדיני חדלות הפירעון היא מרכזיותו של עקרון השוויון והיותו תשתית עיקרית שעליה מונחים דינים אלו.⁹⁹ עניין זה חזר וקנה לו שוב ושוב מקום בולט בפסיקה¹⁰⁰ ובספרות שעסקו בתחום משפטי זה.¹⁰¹ אחת הגישות המובילות שבאמצעותן ביקשו להסביר את הטעמים שבבסיס עקרון השוויון היא גישת ה-Creditors' Bargain Model.¹⁰² לפי גישה זו, פירעון שוויוני הוא התוצאה המוסכמת המשווערת שאותה היו הנושים בוחרים לקבל לו היו מקיימים ביניהם משא ומתן טרם מתן האשראי לגוף חדל הפירעון. זוהי למעשה הגישה התועלתנית אשר גלומה בה השאיפה להשיא את הפירעון האישי של כל נושה ונושה.

לטענתנו, רעיון תביעת החוב הייצוגית תורם לקידום עקרון השוויון בין הנושים. כאמור לעיל, מנגנון תביעת החוב הייצוגית מאפשר לכלל חברי קבוצת הנושים להשתתף בהליך חדלו הפירעון ולקבל חלק יחסי ושווה מכלל הנשייה, כאשר אלמלא מנגנון תביעת החוב הייצוגית סביר להניח כי כל אותם נושים לא היו מקבלים מאומה. תביעת החוב הייצוגית מקדמת את התועלת המצרפית באפשרה לנושים רבים יותר להיות חלק ממעגל הנשייה בביטול התמריצים השליליים העומדים לאותם נושים בדרכם למימוש נשיתם.

עם זאת יש לציין כי לצד וכנגד עקרון השוויון קיימים שיקולים חשובים אחרים שבהם עלינו להתחשב, כמו שיעור הנזק הקטן יחסית שנגרם לחברי קבוצת הנושים אל מול הנזק הגדול יותר שנגרם לנושים אחרים, או שיקול העלויות הגבוהות הכרוכות בעמידה דווקנית

תביעה ייצוגית טרם כניסת רשות השידור לפירוק, והבקשה להמשיך בניהול התביעה הייצוגית מחוץ להליך הפירוק נדחתה, בעיקר בשל הודעת המפרק לבית המשפט כי הוא יטפל בעצמו בתביעה ויכריע בה. ראו הדין בפרק 1.ד.1. (ב) להלן.

99 ראו צפורה כהן פירוק חברות כרך א 18 (מהדורה שנייה, 2016); ורדה אלשיך וגדעון אורבך הקפאת הליכים – הלכה למעשה 571 (2005).

100 ראו בין היתר ע"א 5789/04 המשביר הישן בע"מ נ' לוגיסטיק בע"מ (פורסם בנבו, 10.6.2007); ע"א 3760/03 עמרן נ' הנאמן על נכסי אייפרמן, פ"ד נט(5) 735, 748 (2005).

101 ראו האן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 473–514. האן מציין כי משמעו של עיקרון זה הוא בררת מחדל שלפיה כל חוב שהדין לא פירש כי יש לו עדיפות, יסווג כחוב לא מובטח ויהיה כפוף לפירעון שוויוני.

102 שם, בעמ' 475. יתרון נוסף שהוזכר כהצדקה לעקרון השוויון הוא צמצום העלויות של ניגודי העניינים בין נושים המדורגים בסדרי קדימה שונים, מה שמביא ליצירת פער בהעדפות אישיות שלהם בנוגע לאופן שבו יתנהל הליך חדלות הפירעון ובאשר לתוצאתו הסופית (פירוק או הסדר למשל). עניין נוסף שהוזכר הוא עובדת היותו של עקרון השוויון פתרון דיוני נוח, קל וזול ביחס לפתרונות אפשריים. היו גם מי שהסבירו את העיקרון בכך שהוא משקף ערך חברתי ראוי ומביא לתוצאה צודקת. כאן הוזכר לא פעם העיקרון האנגלי Equality is Equity. להרחבה באשר להסברים אלו ראו אצל האן, שם. עם זאת אי אפשר שלא לציין גם חסרונות אפשריים שטומן בחובו עקרון השוויון, ובהם קיטוב התחרות בין הנושים, החלשת הפיקוח על החייב טרם הליכי חדלות הפירעון והתנהגות סבילה בכל הנוגע לפתיחתם של הליכי חדלות הפירעון וניהולם. לדין בביקורות אלו ולתשובות אפשריות להן ראו שם, בעמ' 488–495.

על עקרון השוויון. בפרק זה נבקש לעסוק בכל אותן ביקורות אפשריות על מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע.

(א) פגיעה ניכרת ביתר נושי החברה

תביעת החוב הייצוגית אמנם תגדיל את סכומי הנשייה של חברי הקבוצה, אולם היא תעשה זאת על גב ועל חשבון יתר נושי החברה שכן נשייתם תיפגע. תביעת החוב הייצוגית תגרום למעשה להעברת סכום כסף ניכר מכיס יתרת הנושים הלא מובטחים אל כיס הנושים חברי הקבוצה. לכאורה, הניתוח הכלכלי הקלאסי אדיש לאופן חלוקת הכספים בין הנושים השונים. ברם על פי עקרון "פיזור הנוק", אנו לרוב נעדיף להשית נזק על פני קבוצה רחבה של נפגעים ולא להשיתו על כמה נפגעים בודדים. תביעת החוב הייצוגית פועלת בעניין זה בכיוון ההפוך: היא מזכה את חברי קבוצת הנושים בסכומים נמוכים וזניחים יחסית, ומנגד היא מפחיתה מיתר נושי החברה סכומים ניכרים, ובכך משיתה על נושים בודדים את מלוא הנזק.¹⁰³

נניח לדוגמה כי לחברה יש שני סוגי נושים, שווי מעמד לצורך הדיון: נושה אחד 'גדול' בסכום גבוה של 1 מיליון ש"ח וכן קבוצה של 10,000 נושים 'קטנים' אשר כל אחד מהם מחזיק בשובר של החברה בערך של 100 ש"ח. נניח כי החברה נקלעת להליכי חדלות פירעון ונכסי החברה העומדים לחלוקה הם 1 מיליון ש"ח בלבד. על פי המצב המשפטי כיום, ניתן להניח כי אף לא אחד מקבוצת הנושים הקטנים לא יהיה תמריץ להגיש תביעת חוב בגין נשייה בסך 100 ש"ח בלבד. במצב שכזה התקבול הצפוי לנושה הגדול יהיה בסך של 1 מיליון ש"ח, וציבור הנושים הקטנים לא יקבל מאומה. כעת, אם ניישם את המנגנון המוצע של תביעת החוב הייצוגית, אזי כל חברי קבוצת הנושים הקטנים יוכלו כעת להשתתף בהליך חדלות הפירעון, והתקבול הצפוי לכל אחד מהם יהיה למעשה סכום זניח של 50 ש"ח לכל אחד, ואילו התקבול הצפוי לנושה הגדול צפוי לרדת בסכום מהותי של 500,000 ש"ח. הפסד סכום שכזה של 500,000 ש"ח עלול לגרום לנזק רב ולפגיעה כלכלית קשה לנושה הגדול, אשר אף עלול להתמוטט ועסקיו עלולים לקרוס. מנגד, הרווח הצפוי לכל אחד מחברי הקבוצה בסך 50 ש"ח הוא זעום, ותועלתו היא ככל הנראה זניחה.

כתשובה לטיעון ביקורת זה ראשית ניתן לחזור על הטיעון הבסיסי בדבר חשיבותו של עקרון השוויון בהליך חדלות הפירעון.¹⁰⁴ דיני חדלות הפירעון מבקשים לנקוט יחס הוגן ושווה בין כלל נושי החברה, ולכן אין להעדיף נושה אחד על פני חברו. עקרון השוויון אינו מאפשר לקבל את הטענה שיש להעדיף הגדלת שיעור ההחזר עבור חלק קטן מהנושים על חשבון הקטנת שיעורי ההחזר לקבוצה גדולה יותר של נושים אחרים. למעשה ניתן לטעון כי טענת "פיזור הנוק" נכשלת בהליך חדלות הפירעון, שכן בחוזה היפותטי בין כלל הנושים, חוזה אשר כולל גם את חברי קבוצת הנושים, יש לשער כי קבוצת הנושים הייתה עומדת על

103 הדים לטיעון זה ניתן למצוא בדברי השופט אלשיך בפרשת סוטירין, לעיל ה"ש 11: "מחד גיסא, אל מול אותם תובעים ייצוגיים והנוק הקטן יחסית שנגרם לכל אחד מהם, עומדים נושים 'קלאסיים' שהחוב כלפיהם – ואי לכך, נזקם הישיר, גדול בהרבה".

104 ראו האמור בפרק ג.2. לעיל בנוגע לעקרון השוויון ומקומו המרכזי בדיני חדלות הפירעון.

זכותה להשתתף בהליך חדלות הפירעון והייתה דורשת לקבל את שיעור החזר היחסי המגיע לה.

בנוסף, קשה לבסס עמדה עקרונית וגורפת שלפיה עקרון "פיזור הנזק" נוטה תמיד לרעת קבוצת הנושים ולטובת שאר נושי החברה. כאשר שאר נושי החברה הם לדוגמה חברות ביטוח, בנקים או חברות ציבוריות, אזי במקרים כאלו דווקא שאר הנושים הם מפזרי נזק טובים יותר מחברי הקבוצה.

לעניין זה נזכיר כי קבוצת הנושים מורכבת בדרך כלל מקהל לקוחות רחב של החברה. נושים אלו הם בדרך כלל לא מקצועיים, לא מתוחכמים ולא סדרתיים. נושים אלו אינם נוהגים לתמחר ולשקלל מראש את הסיכון שבהתקשרות עם החברה.¹⁰⁵ משכך, נזקם היחסי של נושים אלו צפוי להיות גדול יחסית. לעומת זאת שאר נושי החברה הם בדרך כלל נושים מקצועיים ומתוחכמים יותר (למשל, ספקים גדולים של החברה). ניתן לצפות כי נושים מתוחכמים אלו ידעו לתמחר ולשקלל היטב את הסיכון בהתקשרות עם החברה, כולל הסיכון שבתביעת החוב הייצוגית, ולפיכך יש לצפות כי הפגיעה בהם תהיה פחותה במידה ניכרת.

(ב) החשש שתביעת חוב ייצוגית היא זכות יתר

שאלה נוספת המתעוררת אגב הצגת האפשרות להגשת תביעת חוב ייצוגית היא בדבר היותה של תביעה זו מעין זכות יתר המוענקה לחברי קבוצת הנושים בלבד שלא ככללי ההליך הרגילים החלים על כל שאר נושי החברה. לכאורה רק חברי קבוצת הנושים זוכים ליהנות משירותיו של תובע ייצוגי המגיש את תביעת החוב בשמם ומנהל את ההליך מטעמם. יש שיטענו כי מדובר בפגיעה בשוויון הפורמלי בין הנושים בהליך.¹⁰⁶

בתשובה לטענה זו ניתן לטעון כי במקום עמידה על השוויון הפורמלי בין הצדדים ראוי יותר להדגיש שמירה על שוויון מהותי בין הנושים בהליך באופן שתתאפשר לכלל נושי החברה גישה מעשית להליך חדלות הפירעון ולמימוש בפועל של זכות הנשייה שלהם. עמידה דווקנית על השוויון הפורמלי בין נושי החברה תוביל להדרתם של נושים רבים אל מחוץ להליך חדלות הפירעון והם לא יוכלו כלל לממש את זכות הנשייה שלהם.

בנוסף, כיוון שעלות ההשתתפות בהליך חדלות הפירעון קבועה פחות או יותר, מחסום זה גבוה הרבה יותר לנושים בעלי שיעורי נשייה נמוכים. לעלות ההשתתפות הקבועה יש למעשה מאפיינים גרסיביים, שכן היא מטילה נטל כבד יחסית דווקא על בעלי תביעות קטנות יחסית. במובן זה, מנגנון תביעת החוב הייצוגית מסייע לבטל חסם מהותי בפני נושים אלו ובכך מקדם את השוויון המהותי בין הנושים.

105 הדוגמה המובאת במבוא, של קהל לקוחות הרוכש שוכרים או תלויים בשווי 100 ש"ח, טובה לכך.

106 טענה זו עלתה בין היתר בארצות הברית, בפסיקה מוקדמת אשר שללה באותה עת את האפשרות להגשת תביעות חוב ייצוגיות בהליכי חדלות פירעון. הדיון בפרק ד.1.1. (ג) להלן.

גם מבחינה פורמלית קשה לטעון כי קיים פגם של ממש בשוויון בין הנושים, שכן לכאורה כל שאר הנושים רשאים גם הם לשכור עורך דין מטעמם אשר יגיש בשמם את תביעת החוב וייצג אף אותם בהליכי חדלות הפירעון.¹⁰⁷

בנוסף, נזכיר כי כבר כיום יש קבוצות נושים רבות אחרות המשתתפות בהליך חדלות הפירעון על בסיס קיבוצי. קבוצות נושים אלו, כגון בעלי אג"ח או קבוצת עובדי החברה, משתתפים בדרך כלל בהליך חדלות הפירעון במסגרת קבוצתית וזוכים להיות מיוצגים על ידי נאמן על האג"ח או על ידי ועד העובדים מטעמם.¹⁰⁸ חברי הקבוצות הללו זוכים כבר היום ליהנות מיתרון ניכר בשל היותם מאוגדים בקבוצה, ולכן במידה רבה מנגנון תביעת החוב הייצוגית למעשה מבטל יתרון קיים באפשרו גם לחברי קבוצת הנושים להתאגד. בסוגיה זו נעסוק בהרחבה בפרק הבא.

3. הסדרת היחסים בין חברי קבוצת הנושים

למנגנון תביעת החוב המוצע צפוי להיות תפקיד נכבד גם בהסדרת מערכת היחסים בין הנושים השונים בהליך. כאמור לפי הגישה הכלכלית לדיני חדלות הפירעון, תכליתו של הליך חדלות הפירעון היא ליצור מסגרת קולקטיבית אחת לניהול הליכי הנשייה של הנושים השונים, תוך שיתוף במידע וקבלת החלטות באופן קיבוצי וגלוי בזירה אחת. זוהי מעין מערכת חוזית היפותטית רב-צדדית, המאפשרת לכלל הנושים לפעול יחד ולצד הנושים האחרים.¹⁰⁹ הסדרת מערכת יחסים בין חברי קבוצת הנושים לבין עצמם תסייע לקידום הניהול המשותף של הליך חדלות הפירעון. כפי שיפורט להלן, הצורך בהסדרת מערכת היחסים בין חברי קבוצת הנושים עולה גם מעקרון השוויון שבו דנו לעיל.

(א) פתרון לבעיית הפעולה הקבוצתית (Collective Action) בקבוצת הנושים

הליכי חדלות פירעון שונים מהליכי תביעה רגילים בכך שלנושי חברה יש תפקיד חשוב ופעיל במסגרתם. תפקיד הנושים בהליך חדלות פירעון חורג מגבולות ניהול תביעתם הפרטנית. מלבד קידום גביית החוב האישי שלהם, נדרשים נושי חברה להשתתף ולהיות פעילים בגיבוש הליך הסדר החוב של החברה: נושי החברה נדרשים להשתתף במידה כזו או אחרת בגיבוש תכנית ההבראה לחברה, לנהל הליך משא ומתן על תנאי הסדר החוב, להתכנס באספות נושים שונות ולהצביע בעד או נגד אישור ההסדר. השתתפות פעילה שכזו בהליך חדלות הפירעון כרוכה בעלויות.

כאשר מדובר בקבוצה גדולה ומפוזרת של נושים שכולם בעלי חוב דומה ובסכום נשייה נמוך, יש להניח כי רבים מחבריה יעדיפו להימנע מכל השתתפות פעילה בהליכי הסדר החוב

107 תביעת חוב ייצוגית למעשה מטילה על חברי הקבוצה בררת מחדל של ייצוג על ידי עורך הדין מטעם הקבוצה, בררת מחדל שממנה הם יכולים לצאת (Opt-out). שאר הנושים נתונים בבררת מחדל של היעדר ייצוג מטעם עורך הדין, אך הם כמובן יכולים לשכור עורך דין מטעמם (Opt-in). הברל נוסף הקיים בין שני סוגי הנושים הוא שעלות הייצוג הקולקטיבי לנושים חברי הקבוצה צפויה להיות נמוכה לאין ערוך מעלויות הייצוג האישי של שאר הנושים.

108 תקנה 81 לתקנות פשיטת הרגל מאפשרת לנציג עובדי החברה במפורש להגיש תביעת חוב משותפת אחת בשם כל עובדי החברה.

109 ראו קמחי, לעיל ה"ש 77, בעמ' 426–429; האן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 71–76.

ויעדיפו לתת לאחרים לשאת בעלויות הללו. גם אם כלל חברי הקבוצה ירוויחו מניהול משא ומתן לשיפור תנאי ההסדר, אף אחד מחברי הקבוצה לא ירצה לעשות זאת בכוחות עצמו, כיוון שלשום נושה בודד אין אינטרס כלכלי לשאת בעצמו בעלויות משא ומתן מטעם כלל חברי הקבוצה.¹¹⁰ בנוסף, גם אם נניח שכמה מחברי הקבוצה ירצו להשתתף בהליך חדלות הפירעון, פעמים רבות הם רחוקים ומפוזרים זה מזה ואינם יכולים לתקשר ולתאם פעולה ביניהם. כל אחד מחברי הקבוצה פועל בעצמו ועל דעת עצמו, ולכן קשה עד מאוד לתאם חזית אחידה ומוסכמת ביניהם, לנהל משא ומתן בשם כל חברי הקבוצה ולהצביע כגוש אחד באספות הנושים. חברי קבוצת הנושים עלולים להציג עמדות סותרות במהלך המשא ומתן או הצבעות מנוגדות זו לזו באספות הנושים, כאשר האינטרס הכללי של חברי הקבוצה הוא דווקא להציג עמדה אחידה במהלך המשא ומתן והצבעה אחידה באספות הנושים.

חברי קבוצת הנושים סובלים מבעיה המוכרת בספרות הכלכלית כבעיית הפעולה הקבוצתית (Collective Action Problem).¹¹¹ בעיה זו מתרחשת כאשר לכלל חברי הקבוצה, כקולקטיב, יש אינטרס לפעול בצורה מסוימת, אך לכל חבר בקבוצה בנפרד יש אינטרס אישי צר לפעול אחרת. האינטרס האישי של כל אחד מחברי הקבוצה מכשיל ומסכל את מימוש האינטרס הקולקטיבי של חברי הקבוצה.

תביעת החוב הייצוגית תוכל להיות פתרון אפשרי לבעיית הפעולה הקבוצתית. תביעת החוב הייצוגית תאפשר הגשה קולקטיבית של תביעות החוב, תוכל לאגד את חברי קבוצת הנושים לצורך פעולה אחת כקבוצה אחת מתואמת ולמען מטרה משותפת. הנושה המייצג יפעל בשם כל חברי הקבוצה ובכך יממש את האינטרסים הקולקטיביים של כלל חברי הקבוצה. הנושה המייצג יהיה רשאי לנהל משא ומתן קולקטיבי מטעם חברי הקבוצה בהציגו חזית אחידה ומאוחדת של כל חברי הקבוצה. הנושה המייצג יהיה רשאי אף להצביע באספות הנושים בשם כלל חברי קבוצת הנושים באופן אשר יעניק לחברי הקבוצה כוח ניכר בעת ניהול המשא ומתן, כפי שיפורט להלן.

(ב) הגדלת כוחם היחסי של קבוצת הנושים ביחס לקבוצות נושים אחרות

הצורך בהסדרת מערכת היחסים בין חברי קבוצת הנושים עולה גם מעקרון השוויון בהליך חדלות הפירעון. במרבית הליכי חדלות הפירעון קבוצות בעלי החוב השונות מנהלות ביניהן משא ומתן מורכב ורב-צדדי לצורך גיבוש הסדר חוב מוסכם לחברה. במהלך המשא ומתן על הסדר החוב קבוצות נושים ובעלי חוב שונים מיוצגים לרוב על ידי אנשי מקצוע מטעמם. למשל, בעלי המניות בחברה מיוצגים על ידי דירקטוריון החברה או לעתים על ידי נאמן בית משפט אשר מונה לבקשתם. מחזיקי האג"ח המונפק בחברה מיוצגים על ידי הנאמן על

110 נחזור לדוגמה לעיל, של חברה המחלקת 10,000 שוברים בסך 100 ש"ח כל אחד. נניח כי חברי הקבוצה יקבלו מהחברה הצעה להסדר חוב, ולפיו הם יקבלו החזר של 50% מסכום הנשייה. נניח כי לו ניהלו חברי הקבוצה משא ומתן עיקש בעניין זה, הייתה הצעת החברה משתפרת להחזר של 60% מסכום החוב. נניח גם שהעלות של ניהול משא ומתן היא בסך של 5,000 ש"ח. במצב שכזה התועלת מניהול המשא ומתן עבור כלל חברי הקבוצה היא בסכום של 100,000 ש"ח, אולם התועלת האישית לכל נושה היא בשיעור של 10 ש"ח בלבד, ולכן אף נושה אחד לא יהיה מוכן להשקיע מכספו סכום של 5,000 ש"ח לניהול משא ומתן, כאשר התועלת האישית של אותו נושה תהיה 10 ש"ח בלבד.

111 להסבר מאיר עיניים בהקשר זה ראו קמחי, לעיל ה"ש 77, בעמ' 427 ובה"ש 31 שם.

האג"ח ועל ידי חברי הנציגות. עובדי החברה מיוצגים על ידי ארגון העובדים מטעמם.¹¹² בעלי החוב המוסדיים מיוצגים, ופעולותיהם מתואמות, על ידי שירותי חברות הייעוץ למוסדיים.¹¹³

להבדיל מכל אותן קבוצות נושים ובעלי חוב, חברי קבוצת הנושים דגן אינה מיוצגת בהליך חדלות הפירעון. העובדה כי קבוצת נושים זו אינה מיוצגת בהליך חדלות הפירעון מעמידה את הקבוצה בעמדת נחיתות מובהקת לעומת שאר קבוצות הנושים. ראשית, קבוצת הנושים "עולה על מגרש" ב"הרכב חסר", שכן חלק ניכר מחברי הקבוצה אינו טורח כלל להגיש תביעות חוב מטעמו, ולכן אינו משתתף בהליך חדלות הפירעון. מכאן שסכום הנשייה הכללי של חברי הקבוצה קטן, וכך פוחת בהתאמה גם כוח המשא ומתן של הקבוצה באספות הנושים השונות. שנית, קבוצת הנושים אינה מצביעה הצבעה ייצוגית, קרי הצבעה כאיש אחד בשם כל חברי הקבוצה.¹¹⁴ נושים רבים נעדרים מהצבעה או שלא העניקו הסכמה מפורשת לנציג מטעמם להצביע עבורם. גם מסיבה זו מספר הנושים הצפוי להצביע קטן, ולכן כוחם היחסי בניהול המשא ומתן קטן בהתאמה. שלישית, אין שום גורם מטעם חברי הקבוצה המנחה אותם כיצד להצביע כשהם מתואמים, וכך כל נושה מצביע על פי דעתו האישית והערכותיו הסובייקטיביות. לפיכך הצבעות הקבוצה עלולות להכיל סתירות פנימיות או פשוט להיות לא מקצועיות ומוטעות.

באמצעות המתווה המוצע קבוצות הנושים השונות תוכלנה להתארגן, לפעול במקצועיות ובהתאמה, לנהל משא ומתן עיקש מטעם כלל חברי הקבוצה, ואז להיות מתואמים בהצבעתם באספות הנושים השונות. פעולה מתואמת שכזאת תחזק את כוחם היחסי של חברי קבוצת הנושים ותשווה את מעמדה של הקבוצה לקבוצות נושים ובעלי חוב אחרות.

ד. יישומו של מנגנון תביעת החוב הייצוגית בישראל

עד עתה עסקנו בהצדקות העיוניות השונות להקמת מנגנון ייצוגי לבירור תביעות חוב בנסיבות שבהן החברה הנתבעת נקלעה להליכי חדלות פירעון. עתה נבקש להרחיב על

112 ראו בהקשר זה גם את הוראות תקנה 81 לתקנות פשיטת הרגל, שם נקבע כי "ניתן להגיש תביעת חוב משותפת בעד שכר עבודה המגיע לעובדיו של חייב, או למקצתם; את תביעת החוב רשאי להגיש נציגם של העובדים ותצורף אליה רשימת העובדים והסכום המגיע לכל אחד מהם". עם זאת תקנה 82 לתקנות פשיטת הרגל קובעת כי תביעות חוב של עובדים המוגשות למוסד לביטוח לאומי, מכוח הוראות חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשכ"ח-1968, יש להגיש בגין כל עובד בנפרד.

113 ראו דו"ח הועדה לבחינת הצעדים הדרושים להגברת מעורבות הגופים המוסדיים בשוק ההון בישראל (2008). בעקבות דוח זה נקבעו הוראות שונות אשר נועדו לחייב את הגופים המוסדיים להשתתף באספות בעלי מניות ובאספות מחזיקי אג"ח ולהצביע בהן: ס' 77 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994; תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (השתתפות חברה מנהלת באסיפה כללית), התשס"ט-2009; חוזר גופים מוסדיים 11-9-2009 "הגברת מעורבות הגופים המוסדיים בשוק ההון" (21.6.2009). בעקבות הוראות אלו החלו לפעול בשוק חברות למתן שירותי ייעוץ למוסדיים בנוגע לאופן ההצבעה באספות. ראו גם רשות ניירות ערך "עקרונות ראויים לפעילות חברות ייעוץ למוסדיים – נייר להערות הציבור" (21.3.2013) www.isa.gov.il/Download/IsaFile_7572.pdf.

114 להבדיל מחברי קבוצת מחזיקי האג"ח, שעבורם נקבע כי הנאמן על האג"ח מצביע בשם כל חברי הקבוצה, ואלה אינם נוכחים בעצמם בהצבעה. ראו פר"ק (מחוזי ת"א) 12230-04-12 דלק נדל"ן בע"מ נ' רוניק פז נבו נאמנויות בע"מ (פורסם בנבו, 16.5.2012).

השאלות היישומיות אשר צפויות להתעורר בעקבות הפעלת מנגנון זה. כזכור, בפרק א עמדנו על האפשרות התאורטית לניהול תובענה ייצוגית רגילה מחוץ להליך חדלות הפירעון ובד בבד עמו, ועל כך שנראה כי עד היום סירבו בתי המשפט בישראל להיעתר לבקשות כאמור. המנגנון שאנו מציעים אינו מבקש לסטות מהלכה זו אלא להציע אפשרות דיונית חדשה לניהול הליך ייצוגי, במסגרת תיק חדלות הפירעון. אנו נבקש להראות כי ניתן לפרש את הדין הקיים בישראל באופן אשר יאפשר את הגשתן של תביעות חוב ייצוגיות. בנוסף נראה כי בארצות הברית קיים ומוכר מנגנון דומה של תביעות חוב ייצוגיות (class proof of claims). לבסוף נדון בסוגיות המתעוררות בקשר ליישומן בפועל של מנגנון תביעת החוב הייצוגית.

בטרם ניגש לדיון לגופו נעיר בקצרה כי לכאורה יכולה להתעורר שאלה בדבר הבררה בין שתי חלופות דיוניות שונות: בין הגשת בקשה להמשך ניהול התובענה הייצוגית הרגילה מחוץ להליך חדלות הפירעון לבין הגשת תביעת החוב הייצוגית במסגרת הליך חדלות הפירעון. לעמדתנו, סוגיית הבררה בין שתי החלופות הדיוניות הללו היא בעלת חשיבות נורמטיבית מעטה, שכן מדובר למעשה בשאלה דיונית, קונקרטית ותלויה נסיבות ספציפיות של כל מקרה לגופו. נסיבות כגון נושא התביעה, עילתה, זהות הצדדים לה, טיבו והיקפן של הראיות הקיימות, טיבן והיקפן של המחלוקות העובדתיות והמשפטיות שבין הצדדים, כמו גם שיקול דעתו והערפותיו האישיות של השופט המסוים היושב בדיון. חשיבות גדולה יש גם לשיקולי האסטרטגיה של התובע הייצוגי ובא כוחו בדבר זירת הדיון המועדפת עליו. לענייננו די שנדגיש כי הימנעותם העקיבה של בתי המשפט בישראל שלא לאפשר לנהל הליך ייצוגי מחוץ להליך חדלות הפירעון¹¹⁵ רק מחדדת ומעצימה את הצורך בפיתוחו של מנגנון ייצוגי משלים – מנגנון תביעת החוב הייצוגית המוצע – אשר במקרים המתאימים יאפשר ניהול הליך ייצוגי במסגרת הליך חדלות הפירעון.

1. האפשרות להגשת תביעת חוב ייצוגית במסגרת תיק חדלות הפירעון

בפרק א הצגנו את האפשרות התאורטית לניהול הליך התובענה הייצוגית כתביעה נפרדת, מחוץ לתיק חדלות הפירעון. הראינו כי אף שאפשרות כזאת קיימת בדיון הישראלי ומסורה לשיקול דעתו של בית המשפט, בתי המשפט בישראל נוהגים לדחות בקשות מעין אלו ואינם מאפשרים לנהל תובענות ייצוגיות מחוץ לתיק חדלות הפירעון. על בסיסה של מציאות משפטית קיימת זו ובשל התועלות העיוניות הרבות שהצגנו בשני הפרקים הקודמים, ברור הצורך בקיומו של מסלול ייצוגי בתוך הליך חדלות הפירעון. אפשרות זו, למיטב הידיעה, לא נדונה בישראל מעולם דיון מנומק וסדור.¹¹⁶ על פי הצעתנו, תובע ייצוגי יהיה רשאי, לאחר קבלת רשות מבית המשפט של חדלות הפירעון, ולאחר שתביעתו אושרה כייצוגית,

115 ראו פרק א.2. לעיל.

116 למיטב ידיעת המחברים, במסגרת פרשת קלאב מרקט, לעיל ה"ש 98, הוגשה לבית המשפט בקשה לאישור הוכחת חוב ייצוגית מטעם מחזיקים של תווי קנייה של הרשת. ברם בקשה זו לא הגיעה לכלל דיון, שכן בסופו של דבר נקבע בתיק זה הסדר מיוחד לאופן מימוש תווי קנייה ביזמת הנאמנים, אשר זכה לאישור בית המשפט. בנוסף, ראו גם החלטת השופט מינץ בתיק פירוק רשות השידור, לעיל ה"ש 98, בפרק ג.2. (ב) להלן.

להגיש לבעל התפקיד תביעת חוב ייצוגית מטעם קבוצת נושים אשר נשייתם מערכת שאלה משותפת של עובדה או משפט, ומבלי לקבל ייפוי כוח מפורש מטעמם.

(א) תביעת חוב ייצוגית על פי הדין הקיים בישראל

האם על פי הוראות הדין הקיים ניתן להגיש בישראל תביעת חוב ייצוגית במסגרת הליכי חדלות פירעון? לעמדתנו כפי שנראה להלן, אין כל מניעה על פי החוק הקיים להגשת תביעות חוב ייצוגיות.

חוק תובענות ייצוגיות קובע את המסגרת הדיונית והמהותית להגשת תובענות ייצוגיות בישראל. חוק תובענות ייצוגיות אינו שולל את האפשרות להגשת תובענה ייצוגית במסגרת הליכי חדלות הפירעון. למעשה, אי אפשר למצוא כל הוראה מסייגת להליך ייצוגי בהליכי חדלות הפירעון בפקודת פשיטת הרגל, בפקודת החברות, בחוק העמותות, בפקודת השותפויות או בכל חקיקה אחרת המסדירה מצבים של חדלות פירעון.

חוק תובענות ייצוגיות מאפשר הגשת "תובענה ייצוגית". הגדרת המונח "תובענה ייצוגית" בחוק היא זו: "תובענה המנוהלת בשם קבוצת בני אדם, שלא ייפו את כוחו של התובע המייצג לכך, ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה".¹¹⁷ חוק תובענות ייצוגיות אינו מפרט לבד מזה מהי אותה "תובענה". כיוון שחוק תובענות ייצוגיות אינו כולל הגדרה למונח "תובענה", יש לפנות אל הגדרת מונח זה בתקנות. תקנה 19 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 וגם תקנה 2 לתקנות החברות (פירוק) מפנות אותנו אל תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שם תקנה 1 מגדירה "תובענה": "תביעות, בקשות ושאר ענינים שמביא בעל דין לפני בית משפט באחת הדרכים שנקבעו לכך".¹¹⁸

האם תביעת חוב המוגשת במסגרת הליך חדלות פירעון היא בגדר "תובענה", ומכאן שניתן להגיש בדרך של תביעת חוב ייצוגית? תביעת חוב היא בוודאי תביעה אשר בעל דין מגיש באחת הדרכים שנקבעו לכך. האם תביעת החוב היא תביעה המובאת על ידי בעל דין לפני בית המשפט? לעניין זה נקבע כי בעל התפקיד מטעם בית המשפט משמש פקיד בית משפט וידו הארוכה של בית המשפט עצמו.¹¹⁹ אין מניעה מלראות בהליך הגשתה של תביעת חוב לבעל התפקיד מטעם בית המשפט את אחת הדרכים שנקבעו בחוק להגשת

117 ס' 2 לחוק תובענות ייצוגיות.

118 מקור אפשרי נוסף לביסוס משפטי של מנגנון תביעת החוב הייצוגיות יכול להיות בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי. אמנם פסק הדין ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220 (2003) ביטל את האפשרות להגשת תובענה ייצוגית באמצעות תקנה זו. ברם יש לזכור כי בענייניו אין מדובר בהליך מלא ופורמלי של תובענה ייצוגית, על כל המשתמע מכך, אלא בהגשת תביעת חוב משותפת לבעל תפקיד. בנוסף, דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005) מבהיר כי פסק הדין לעיל אינו משנה את הפרשנות הקיימת לתקנה 29 או למחקה מספר התקנות, הגם שבפועל ומאז חקיקת חוק תובענות ייצוגיות נזנח השימוש בה. משכך, כאשר בנסיבות מסוימות קיימים עילה וסעד זהים בין כל חברי הקבוצה (כגון בדוגמה שהצענו לעיל, של ציבור לקוחות המחזיק בתווי קנייה בעלי ערך זהה), לכאורה ייתכן שיהיה ניתן להשתמש בתקנה זו ולקבל אישור מבית המשפט כי תביעת חוב אחת תייצג את כלל חברי הקבוצה המעוניינים.

119 ראו תק' 37 לתקנות החברות (פירוק).

תביעה לבית המשפט. משכך, חוק תובענות ייצוגיות חל גם על הליך של הגשת תביעת חוב לבעל התפקיד, ולכן על פי החוק הקיים בישראל ניתן לכאורה להגיש תביעת חוב ייצוגית. אינדיקציה נוספת לעניין הליכים ייצוגיים בתנאי חדלות פירעון ניתן למצוא בהוראות הפרק השלישי לחוק החברות,¹²⁰ העוסק בתביעות נגזרות ובתביעות ייצוגיות. סעיף 205 לחוק החברות קובע כי לא תוגש תביעה נגזרת או הגנה נגזרת בשמה של חברה שמונה לה מפרק לפי פרק י"ב לפקודת החברות. מנגד, לא נקבעה הוראה מפורשת כזו באשר לתובענות ייצוגיות. מכאן ניתן ללמוד שחוק החברות בחר שלא לשלול את האפשרות להגשת תובענה ייצוגית נגד חברה בהליכי חדלות פירעון. ההיגיון המשפטי המצדיק מניעת הגשתה של תביעה נגזרת בהליכי חדלות פירעון¹²¹ אינו קיים בהליך הייצוגי. למעשה, דווקא בנסיבות של חדלות פירעון מתעורר צורך ייצוגי חזק, כפי שפורט בפרק ג לעיל.

(ב) ההחלטה בעניין רשות השידור

לאחרונה אוזכרה בקצרה האפשרות של ניהול הליך "ייצוגי" בתיק פירוק וזאת במסגרת הליכי פירוק רשות השידור.¹²² בהליך זה נדחתה בקשה מכוח סעיף 118(ב) לחוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד–2014, שלפיה התבקש בית המשפט להורות כי תובענה ייצוגית שהוגשה בעבר נגד רשות השידור¹²³ תוסיף להתברר מחוץ לתיק הפירוק. במסגרת נימוקי החלטתו קבע השופט מינץ כי "הנימוק המרכזי של המבקש מושתת על הטענה שזכויות חברי 'הקבוצה' תיפגענה במידה והתביעה תועבר להכרעת המפרק, שכן במקרה שכזה, הם לא יזכו בסעד המבוקש באמצעות המבקש בתובענה הייצוגית. ברם, בסעיף 17 להחלטת המפרק הוא קבע כי התביעה תתנהל גם אצלו בדרך של 'תובענה ייצוגית' – ואין ככוונתו לנהל אצלו מאות של תביעות בודדות – כך שהזכויות המהותיות של חברי הקבוצה לא תיפגענה. מדובר אפוא, אך במחלוקת לגבי מקום ההתדיינות ולא בעניין מהותי, ובעניין זה – מפאת הנימוקים שפורטו על ידי המפרק – דעתי כדעתו". בית המשפט מאשר למעשה למפרק לדון ולהכריע בהליך ייצוגי.

בית המשפט מפנה בהחלטתו אל נימוקי המפרק, הכונס הרשמי, בהחלטתו מיום 2014.7.9.¹²⁴ בית המשפט אף מוסיף ומציין בהקשר של תחולת הדינים הרלוונטית כי ניהול

120 חוק החברות.

121 ביתר היתר משום שבעיית הנציג, שלמידותיה נתפר מכשיר התביעה הנגזרת, נפתרת ממילא עם מינוי בעל התפקיד מטעם בית המשפט.

122 פר"ק בן ארי, החלטה בבקשה 9, לעיל ה"ש 98.

123 ש.ס.

124 לעמדת המפרק, אין הצדקה להחריג את התביעה מתיק הפירוק, ואין לאפשר לתובע הייצוגי ובא כוחו להמשיך ולתבוע את הרשות בהליך בפני בית משפט אחר. לדעת המפרק, תובענה ייצוגית מחוץ להליך הפירוק עלולה להימשך שנים ולעכב, לסרב ולייקר את הליכי הפירוק. מפרק רשות השידור נדרש לסיים את הליך הפירוק בתוך זמן קצר יחסית בד בבד עם היותו אחראי לניהולה השוטף של הרשות. כדי שהמפרק יוכל לעמוד בכל המשימות שהוטלו עליו, הוא חייב לרכז את משאביו בניהול מרוכז, יעיל וחסכוני של הליך הפירוק והליך בירור תביעות הנושים. לעמדת המפרק, לבית משפט לא יהיה כל יתרון בניהול התובענה הייצוגית על פני המפרק עצמו, שכן מרב הנתונים הנחוצים לצורך בירור התביעה מצויים בידי רשות השידור המנוהלת על ידי המפרק. היות שהתובענה עוסקת בנושא מרכזי המצוי ממילא בטיפול המפרק (גביית אגרת רשות השידור), ראוי כי הוא יטפל בכל היבטיו של נושא זה. ראו

התביעה בפני המפרק והכרעתו בה יהיו כפופים לדיני חדלות הפירעון: "אין לדעת בשלב הזה אם קיימת התנגשות כלשהי בין דיני תובענה ייצוגית המתנהלת בבית המשפט לעניינים מנהליים לבין דיני חדלות פירעון, אך אם קיימת התנגשות מעין זו, הרי שצודק המפרק כי האכסניה המתאימה לדון בעניין אינה בבית המשפט לעניינים מנהליים, אלא אצלו". למעשה, בהחלטה זו קיבל בית המשפט את המנגנון של תביעת החוב הייצוגית המוצע בחלקו בלבד. מחד בית המשפט מאפשר ניהול של ההליך הייצוגי במסגרת תיק חדלות הפירעון. בעל התפקיד ידון ויכריע באופן ייצוגי ומרוכז בתובענה הייצוגית אשר הוגשה בעבר לרשות השידור. מאידך בית המשפט לא התייחס בהחלטתו לבקשתו החלופית של התובע המייצג: "להתיר למבקש לפעול באופן פורמלי בשם הקבוצה המיוצגת ולהגיש מטעמה תביעת חוב מרוכזת אחת בשם כל חברי הקבוצה"¹²⁵. לעמדתנו, מוטב היה לו התייחס בית המשפט לעניין זה והיה מאפשר לתובע הייצוגי ולבא כוחו להמשיך ולייצג את חברי קבוצת הנושים בנוגע לתביעת החוב ולכלל הליך הפירוק.

(ג) בתי המשפט בארצות הברית מתירים הגשת תביעות חוב ייצוגיות

בארצות הברית הליך של תביעת חוב ייצוגית (Class proof of claim) הוא הליך דיוני מוכר ונפוץ, ומרבית בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית מאפשרים הגשתן של תביעות חוב ייצוגיות במסגרת הליכי חדלות פירעון והבראת חברות (Chapter XI)¹²⁶. המגמה בפסיקה האמריקאית בסוגיית תביעת החוב הייצוגית עברה מהפך במהלך השנים. בעבר גרס בית המשפט הפדרלי של המחוז ה-10 כי אין לאפשר תביעת חוב ייצוגית, שכן לשון החוק דורשת כי הוכחת חוב יגיש בעל החוב בעצמו או באמצעות נציגו המוסמך.¹²⁷ גישה זו לא קנתה לה אחיזה בפסיקה האמריקאית, ובמהלך השנים ראו לנכון

החלטת כונס הנכסים הרשמי "החלטה בבקשה למתן היתר להמשך ניהול תובענה ייצוגית נגד רשות השידור ת"צ 15726-07-13 סעדיה נ' רשות השידור (בפירוק)" (7.9.2014).

¹²⁵ בקשה לפי סעיף 118(ב) לחוק השידור הציבורי הישראלי במסגרת פרק בן ארי, לעיל ה"ש 98.

¹²⁶ ראו Kenneth Eckstein, *The Permissibility of Class Action Proofs of Claims in Chapter 11 Cases*, 2011 EMERGING ISSUES 6099 (2011); Ravi Vohra, *Class Proofs of Claim and Class Certification in Bankruptcy*, 4 ST. JOHN'S BANKR. RES. LIBR., at No. 29 (2012), available at <http://www.stjohns.edu/sites/default/files/documents/law/bankruptcy/bank-research2012-no-2.pdf> 9 ופסקי דין נוספים שאליהם מפנים כותבי המאמרים.

¹²⁷ ראו *In re Standard Metals Corp.*, 817 F.2d 625, 631 (10th Cir. 1987). החלטה זו ניתנה בהתייחס להוראות הסעיפים: 11 U.S.C. §501 (2015); Federal Rules of Bankruptcy Procedure, 11 U.S.C. §3001 (2015). לדעת בית המשפט שם, כיוון שלמגיש תביעת החוב הייצוגית לא ניתנה הסמכה מפורשת מאת בעל החוב, הרי שאי אפשר להגיש בשמו תביעה כזו. טיעון נוסף שהועלה נגד האפשרות להגשת תביעת חוב ייצוגית היה היעדרו של חשש מניהול הליכים דומים וזהים בבתי משפט שונים בהליך חדלות הפירעון. ברגיל, החשש מניהול הליכים זהים ומקבלת הכרעות סותרות זו מזו מצדיק ריכוז ההליכים לכדי תביעה ייצוגית אחת. ברם בנסיבות של חדלות פירעון בית המשפט של הליך חדלות הפירעון הוא בית המשפט היחיד המוסמך לנהל הליכים נגד חדל הפירעון, ולכן החשש לכפילות דינית אינו קיים כלל בהליך זה. טענה נוספת שהושמעה נגד תביעת חוב ייצוגית נגעה למנגנון ההליך של תביעת חוב הדרוש הקפדה יתרה על המועדים להגשת תביעת החוב (ראו למשל, *In re Allegheny Int'l, Inc.*, 94 B.R. 877, (Bankr. W.D. Pa. 1988)). מנגד, הגשת תביעת חוב ייצוגית עלולה להביא לריפוי פגמים דיניים

בתי משפט במחוזות שיפוט רבים אחרים לסטות ממנה ודווקא לאשר את הגשתן של תביעות חוב ייצוגיות.¹²⁸ על אף הבדלים מסוימים בהליכי חדלת הפירעון ובאופייה של התובענה הייצוגית האמריקאית לעומת מקבילתה הישראלית¹²⁹ בתי המשפט לחדלות פירעון בארצות הברית מאפשרים את הגשתן של תובענות ייצוגיות במסגרת הליכי חדלות פירעון בדרך של הגשת תביעת חוב "קבוצתית" (Class proof of claim).

2. יישומה של תביעת החוב הייצוגית בפועל

בפרק אחרון זה נבקש לדון בכמה שאלות פרוצדורליות המתעוררות בקשר לאופן יישום ההליך להגשת תביעת חוב ייצוגית במסגרת הליכי חדלות פירעון.

של בעלי חוב שנמנעו מלפעול במועד שנקבע, ובכך ייפגם השוויון בין הנושים השונים, ותיסדק ההקפדה על לוחות הזמנים הנוקשים להגשת תביעות חוב.
 128 כך נקבע בעניין Am. Reserve Corp. של בית המשפט הפדרלי במחוז ה-7 (ראו *In re Am. Reserve Corp.*, 840 F.2d 487, 492 (7th Cir. 1988) ("The representative in a class action is an agent for the missing [...] Not every effort to represent a class will succeed; the representative is an agent only if the class is certified. Putative agents keep the case alive pending the decision on certification [...] If the bankruptcy judge denies the request to certify a class, then each creditor must file an individual proof of claim; the putative agent never obtains 'authorized agent' status. If the court certifies the class, however, the self-appointed agent has become 'authorized', and the original filing is effective for the whole class (the principals). It follows that there may be class proofs of claim in bankruptcy"). לפסיקה זו הצטרפו במהלך השנים בתי המשפט הפדרליים במחוזות השיפוט האחרים, כמו גם בתי המשפט המדינתיים לפירוק. שם נקבע כי לאחר אישור הבקשה הייצוגית התובע המייצג הפוטנציאלי הופך "נציג מורשה" של חברי הקבוצה. מגמה חיובית זו קיבלה תאוצה ותמיכה בעקבות החלטות נוספות של בתי משפט פדרליים ממחוזות נוספים אשר עקבו אחר ההחלטה שניתנה בתיק זה (ראו *In re Charter Co.*, 876 F.2d 861, 869 (11th Cir. 1989); *Reid v. White Motor Corp.*, 886 F.2d 1462, 1469–1470 (6th Cir. 1989); *In re Birtling Fisheries, Inc.*, 92 F.3d 939, 940 (9th Cir. 1996). עם זאת בתי המשפט הדגישו כי נחוצות נסיבות מתאימות לאישור תביעת חוב כייצוגית, ובין שאר השיקולים לאישור יש להביא בחשבון דחיות ועיכובים שונים שייגרמו לתיק חדלות הפירעון בשל אישור הבקשה וכן את שאלת הפיצוי היעיל לקבוצה (ראו *In re Bill Heard Enterprises, Inc.*, 400 B.R. 795 (Bankr. N.D. Ala. 2009); *In re Mortg. & Realty Tr.*, 125 B.R. 575, 579 (Bankr. C.D. Cal. 1991); *In re Livaditis*, 122 B.R. 330, 338 (Bankr. N.D. Ill. 1990)). כיום הפסיקה בארצות הברית אינה עוסקת עוד בשאלת עצם האפשרות להגשת תביעת חוב ייצוגית, שכן ההכרה העקרונית בתביעת החוב הייצוגית היא למעשה הדין הנוהג שם. הגשת תביעת חוב ייצוגית היא למעשה אפשרות מוכרת ומקובלת במרבית מחוזות השיפוט הפדרליים, והיא הדין הנוהג שם. המחלוקת הפרשנית הקיימת בארצות הברית בעניין זה עוסקת בשאלה אחרת והיא אם לצורך הגשת תביעת חוב ייצוגית יש צורך לקבל תחילה את אישורו של בית המשפט. דעת רוב בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית היא כי אמנם קיימת זכות להגיש תביעת חוב ייצוגית ללא צורך בבקשה מוקדמת לאישור בית המשפט. כפי שנבהיר בהמשך בפרק ה להלן, דעתנו היא שניהול תביעת חוב ייצוגית במסגרת הליכי חדלות פירעון כן תחייב קבלת אישור מוקדם מאת בית המשפט בתיק חדלות הפירעון.

129 כך לדוגמה בכל הקשור לרשימת העילות או ה"שערים" שבגינם ניתן להגיש תובענה ייצוגית בישראל לעומת היעדר מגבלה מהותית כזו בארצות הברית.

(א) החובה לקבל אישור מוקדם מבית המשפט בתיק חדלות הפירעון

ראשית יש לתהות אם ראוי להעניק זכות להגשת תביעת חוב ייצוגית, או שמא תידרש לכך רשות מאת בית המשפט. מחלוקת דומה התעוררה בעניין זה גם בדין האמריקאי.¹³⁰ סעיף 5(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי המבקש להגיש תובענה ייצוגית נדרש להגיש בקשה בכתב לבית המשפט לאישור התביעה כתובענה ייצוגית. לכן נראה נכון לומר שהגשת תביעת החוב הייצוגית תהיה גם היא ברשות בלבד, וכך בית המשפט של תיק חדלות הפירעון (או המפרק בהתאם לדיון שיערך בפסקה הבאה להלן) יוכל לבחון את טיב הבקשה לאישור הגשתה של תביעת חוב ייצוגית ולשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים, בדומה להליך הבקשה לאישור הגשת תובענה ייצוגית ובשים לב למאפייניו היחודיים של הליך חדלות הפירעון.

לענייננו יש לתהות אם הגורם המאשר את תביעת החוב כייצוגית יהא בית המשפט עצמו או בעל התפקיד מטעם בית המשפט. פרשנות סבירה להוראות סעיף 5(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, האמור, היא שעל תביעת חוב ייצוגית להיות מאושרת ככזו בבית המשפט ולא בידי בעל התפקיד מטעמו. לעמדתנו, ראוי כי בבקשה לאישור תביעת החוב כייצוגית ידון בית המשפט כאשר הוא מתחשב בעניין זה גם בעמדותיהם של בעל התפקיד וכונס הנכסים הרשמי. לאחר שאושרה תביעת החוב כייצוגית, היא תועבר לטיפול בעל התפקיד, וזה ידון ויכריע בה לגופה.

בנוסף ניתן לתהות מה דינו של תובע אשר הגיש תובענה ייצוגית נגד חברה סולבנטית, אולם בהמשך נקלעה החברה להליכי חדלות פירעון. האם התובע הייצוגי יהיה ראוי להמשיך בניהול ההליך הייצוגי, אך הפעם כתביעת חוב ייצוגית? לדעתנו, במקרה שהחברה הנתבעת נקלעה להליכי חדלות פירעון לאחר שהבקשה לאישור התובענה כייצוגית כבר התקבלה בבית המשפט, אזי בהסכמת בעל התפקיד יש להתיר לתובע הייצוגי להגיש תביעתו המאושרת כתביעת חוב ייצוגית, ללא צורך בהגשת בקשת רשות נוספת מבית המשפט. לדעתנו, במקרה שהבקשה לאישור התובענה הייצוגית טרם אושרה, לא יהיה מנוס מהגשת בקשה נוספת לאישור הגשתה של תביעת החוב כייצוגית במסגרת תיק חדלות הפירעון. עם זאת ניתן להציע כי התובע הייצוגי המקורי יזכה לקדימות ביחס לתובעים ייצוגיים חלופיים אחרים אשר ייתכן שיפנו אל בית המשפט בבקשות דומות. לדידנו, ראוי כי בית המשפט יטה להעדיף את התובע הייצוגי המקורי אשר החל בהליך התובענה הייצוגית טרם תחילת הליכי חדלות הפירעון ולהעניק לו את שרביט ניהולה של תביעת החוב הייצוגית.¹³¹

(ב) תשלום גמול לנושה המייצג ושכר טרחה לבא כוחו

שאלה חשובה נוספת המתעוררת היא שאלת הגמול ושכר הטרחה לתובע הייצוגי בהליך חדלות פירעון. מוצע כי הגמול לתובע המייצג ולבאי כוחו ישולם מתוך תקבולי הנשייה של חברי הקבוצה המיוצגת. כך הנושים האחרים לא ייפגעו מבחינה פורמלית מהליך ייצוג

¹³⁰ ראו פרק ד.1. (ג) לעיל.

¹³¹ לדיון דומה בעניין זהותו של מגיש הבקשה לאישור תביעה ייצוגית, ראו ס' 7 לחוק תובענות ייצוגיות הקובע הוראות לעניין בקשה לאישור קודמת או תובענה ייצוגית קודמת.

הקבוצה. גישה זו משרתת אף את הטיעון המבטל את החשש מתביעות סרק, שכן כך, רק במקרים המתאימים בלבד, שבהם לקבוצת הנושים נגרם נזק מצטבר רציני ובהיקף גדול, ושיעורי הנשייה בפועל הם גבוהים, רק אז יהיה מקום להשתמש בכלי תביעת החוב הייצוגית.

עוד מוצע כי שיעור התגמול לתובע הייצוגי ולבא כוחו ייקבע לפי הקריטריונים אשר נקבעו לשם כך בחוק¹³² ובפסיקה שעסקה באמות המידה לפסיקת גמול ושכר טרחה לתובע ייצוגי ובאי כוחו.¹³³ אפשרות מומלצת פחות היא לקבוע את שיעור הגמול ושכר הטרחה לפי הקריטריונים של הגמול שבדיני חדלות הפירעון.¹³⁴ מכל מקום, את תגמול התובע הייצוגי ובא כוחו אין לדעתנו לסווג כהוצאות ניהול של תיק חדלות הפירעון, הקודמות לכל חוב אחר. לטעמנו, סיווג הגמול ושכר הטרחה כהוצאות ניהול יטיל שלא לצורך נטל תשלומים על יתרת הנושים שלא נהנו מפרות תביעת החוב הייצוגית ואף ניזוקו מקיומה.

(ג) האפשרות לחברי קבוצת הנושים להחריג עצמם מתביעת החוב הייצוגית

עוד נבקש להעיר על האפשרות שתעמוד לחברי קבוצת הנושים להחריג עצמם מהליך הייצוגי ולקדם בכוחות עצמם את הטיפול בתביעת החוב ובהצבעה בהליכי ההסדר. החרגה זו באה לשמר את זכותו של הנושה לאוטונומיה על תביעתו האישית. אם נושה מבקש לפרוש מהקבוצה ולנהל את תביעת החוב בעצמו או להגיע להסדר פרטני אחר מול החברה (כגון ויתור על תביעתו), הוא יהיה רשאי לעשות כן. החרגה כזו תוכל להיעשות אם בדרך של הגשת תביעת חוב אישית במסגרת לוחות הזמנים שנקבעו להגשתה ואם באמצעות המנגנון הקבוע בסעיף 11(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

(ד) סיווג חברי קבוצה הייצוגית כאספת סוג

ניתן לתהות אם יש לסווג את חבריה של קבוצת הנושים המיוצגת בתביעת החוב הייצוגית כקבוצת נושים נפרדת המצביעה בהליך חדלות הפירעון באספת סוג נפרדת. תהייה שכזאת הועלתה אגב עניין קלאב מרקט, שבה נתבקש בית המשפט לסווג את מחזיקי תווי הקנייה כאספת סוג נפרדת לצורך אישור הסדר החוב הכולל באותו תיק.¹³⁵ בית המשפט סבר אז כי אין להכיר בנושים הללו כקבוצה נפרדת לעניין ההצבעה על אישור ההסדר. הגישה שעליה חזר בית המשפט היא מצמצמת ולפיה סיווג קבוצה אחת לתת-קבוצות ועריכת אספות סוג נפרדות תערך רק במקרים שבהם לקבוצה מעמד או אינטרס אובייקטיבי השונה באופן מהותי מהאינטרס של 'קבוצת האם'.¹³⁶ ריבוי אספות נושים יקנה למעשה זכות וטו לכל

132 ראו ס' 22–23 לחוק תובענות ייצוגיות.

133 ע"א 2046/10 עזבון שמש נ' רייכרט, פ"ד סה(2) 677 (2012).

134 תקנות בדבר מינוי כונסי נכסים.

135 בש"א (מחוזי ת"א) 20425/05 עמותת שירותי רווחה של עובדי בזק נ' הנאמנים של קלאב מרקט רשתות שיווק בע"מ (בהקפאת הליכים) (פורסם בנבו, 26.9.2005).

136 לעניין סיווג קבוצות הנושים ראו לדוגמה ע"א 9555/02 זידאן נ' ברית פיקוח לקואופרציה החקלאית העובדת בע"מ, פ"ד נט(1) 538 (2004), שם קבע השופט ג'ובראן, בעמ' 551: "על המבקש לעצמו מעמד של קבוצה נפרדת להוכיח אינטרס אובייקטיבי שונה באופן ניכר משל קבוצת האם שממנה הוא רוצה להתנתק".

אחת מאספות הסוג, יקשיח את יכולת המיקוח של כל אחת ואחת מהן ויקשה גיבוש הסדרים ישימים. לכן ראוי שקבוצת הנושים תסווג בצוותא עם שאר הנושים הלא מובטחים, קטנים כגדולים, למעט במקרים מיוחדים שבהם יוכח כי לקבוצה הייצוגית אינטרס מהותי נפרד ומובחן מיתר הנושים.

ה. אחרית דבר

ברשימה זו הצגנו הצגה סדורה רעיון חדש המשלב שני תחומי דעת משפטיים – חדלות הפירעון והתובענה הייצוגית – שהמפגש ביניהם עד כה היה מוגבל ומצומצם והסתיים כשידו של הליך חדלות הפירעון הייתה על העליונה אגב צמצום ניכר של האפשרות בפועל לנהל הליך ייצוגי לאחר פתיחת הליכי חדלות פירעון. כעת מוצע לאפשר ניהולו של הליך ייצוגי בתוך תיק חדלות הפירעון במקרים המתאימים, וכאשר נמנעת האפשרות לנהלו או להמשיכו מחוץ לתיק חדלות הפירעון וכד בבד עמו באופן אשר יביא לידי ביטוי את היתרונות השונים הגלומים בהליך חדלות הפירעון ובהליך התובענה הייצוגית גם יחד לפי תכליותיהם כפי שהתגבשו בספרות ובפסיקה עד כה.

הצגנו את היתרונות השונים שיש לניהול הליך ייצוגי בד בבד עם הליכי חדלות הפירעון, הצגנו את התכליות השונות של ניהול הליך כזה באספקלריה של דיני התובענה הייצוגית ודיני חדלות הפירעון גם יחד. בעשותנו זאת התמקדנו בעקרון ההרתעה ובאופן שבו ההליך המוצע משרת אותו. גם ביקורות אפשריות העלולות להתעורר אגב ניהול הליך ייצוגי כזה עלו לדיון והצבנו בצדן תשובות.

סקרנו את הדין המצוי ואת השיקולים שהתגבשו בפסיקה בדבר ניהול הליכים ייצוגיים בד בבד עם תיק חדלות הפירעון. הצבענו על הוראות חוק שפרשנותן התכליתית מביאה למסקנה כי אין מניעה לקיים הליך ייצוגי במסגרת תיק חדלות הפירעון אף שאפשרות כזו לא נדונה עד כה דיון סדור בפסיקה, ולא ניתנה בעניינה החלטה מנומקת. הצגנו גם את המצב המשפטי הנוהג בארצות הברית, אשר בה כן מתאפשר ניהול הליך ייצוגי במסגרת תיקי חדלות פירעון לאחר שאפשרות זו קנתה לה אחיזה בפסיקת מחוזות שיפוט שונים שם. במישור היישומי עסקנו בקצרה בסוגיות שונות העולות מקיומה של האפשרות לנהל הליך ייצוגי בתוך תיק חדלות הפירעון. בין סוגיות אלו ציינו את זהות הגורם המוצע לצורך אישור תביעת החוב כיייצוגית, אופן תגמול התובע המייצג ובא כוחו, האפשרות של חברי הקבוצה להחריג את עצמם ממנה והצורך האפשרי שבסיווג חברי הקבוצה הייצוגית כאספת סוג נפרדת לצורך הצבעות בתיק חדלות הפירעון.

המתווה שאנו מציעים הוא בתחילת דרכו הרעיונית, ויש להוסיף ולפתחו במישורים המעשיים והיישומיים כדי למצות את התועלות הטמונות בו. אין בו כדי לשלול את המבחנים שהתגבשו בפסיקה באשר לניהול הליך ייצוגי מחוץ לתיק חדלות הפירעון, אך יש בו בהחלט כדי לאפשר פתח להליך דיוני נוסף אשר לא היה קיים עד היום במשפט הישראלי.