

צחי גאון

ע"י ב"כ עו"ד יצחק אבירם ושחר בן מאיר

מרח' אבא הלל סילבר 12, רמת גן, 5250606

טל: 03-6110505; פקס: 03-7522095

המבקשים

- נ ג ד -

בנק מזרחי טפחות בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ממועד פישר בכר חן וול אוריון ושות'

מרח' דניאל פריש 3, תל אביב, 6473104

טל' 03-6941349; פקס 03-6944103

המשיב

היועץ המשפטי לממשלה

ובעניין:

ע"י ב"כ עו"ד ליאב וינבאום מפרקליטות מחוז תל אביב-אזרחי

מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), ת.ד. 33051, תל אביב, 6133001

טל' 073-3736222; פקס' 02-6468005

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 29.5.2017, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדה מטעמו בהליך שבכותרת, כלהלן:

1. בעניין זה עותר המבקש להסתלק מבקשתו לגילוי ועיון במסמכים מכח סעיף 198א' לחוק החברות (להלן: **"הבקשה לגילוי"**) וזאת על דרך של דחיית בקשתו ופסיקת הוצאות ושכר טרחה בסך 75,000 ש"ח בתוספת מע"מ לטובתו/בא כוחו (להלן: **"הבקשה המוסכמת"**).
2. לדעת היועץ המשפטי לממשלה, אין ולא צריך להיות כל ספק שתוצאת הבקשה המוסכמת צריכה להיות העדרו המפורש של מעשה בית דין ביחס לסעד המבוקש בבקשה (גילוי ועיון במסמכים). קל וחומר אסור, כי ישתמע מההכרעה בבקשה המוסכמת, כי קיים מעשה בית דין כלשהו ביחס לעילה הנגזרת אותה באה הבקשה לגילוי לתמוך באופן בו כל אדם הזכאי לפנות בבקשה דומה יהא מנוע מלעשות כן.
3. בהמשך לכך דומה שכלל שבית המשפט הנכבד גורס, כי יש לקבל את הבקשה המוסכמת, יהיה עליו לקבוע, כי הבקשה לגילוי נמחקת ולא נדחית. ממה נפשך, במהותה, הבקשה המוסכמת הינה הסתלקות מתגמלת מהבקשה לגילוי. בית המשפט הנכבד מופנה ולו על דרך האנלוגיה לאמור בסעיף 16(ד)(5) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **"חוק התובענות הייצוגיות"**), הדן בהסתלקות וקובע, כי על בית המשפט במקרה הרלבנטי למחוק את הבקשה לאישור.

4. עיון בבקשה המוסכמת ובהבהרות שהוגשו על ידי הצדדים מכח החלטת בית המשפט הנכבד (להלן: **"הבהרות הצדדים"**) מראה, כי בבסיס החלטת ההסתלקות עומדת מסקנתם של המבקש ובאי כוחו בדבר דיות העילה הנגזרת וזאת לאחר פגישות עם בא כוח הבנק ואלה העוסקים בגביית החוב נושא הבקשה. לטענת הצדדים, בפגישה הוצגו לפני המבקש ובאי כוחו מסמכים והתקבל הסבר בדבר גביית החוב המדובר. ואולם, מדובר בהליך שאינו פומבי, אינו מוכר לבית המשפט הנכבד (שלא נחשף לתוכנו ולדיותו) וברי שאינו שקוף לפני הציבור (ציבור בעלי המניות בבנק). הן בית המשפט הנכבד והן ציבור בעלי המניות לא שמעו את ההסברים המלומדים של בא כוח המשיב, לא נחשפו למסמכים ואין להם את היכולת לבחון את טיבם ומשקלם. מסקנות המבקש ובאי כוחו אינן מחייבות איש, קל וחומר את שאר בעלי המניות בבנק.
5. עוד יאמר כי בצד ההליך דכאן מתנהלים מספר הליכים דומים בדבר העמדת אשראי בידי בנקים אחרים לאותה קבוצה כזו מושא ההליך דכאן, כאשר ההליכים הנ"ל מתנהלים בשלבים שונים לפני ערכאות שונות. מכאן שקיימת חשיבות רבה לכך שתוצאה באחד מההליכים (ההליך שבכותרת) לא תיצור מעשה בית דין ו/או טענה למעשה בית דין, במסגרת מי מההליכים האחרים, המנוהלים על ידי מבקשים אחרים, באופן שיווצר מחסום דיוני לפני אחד מהנ"ל, עקב חוסר רצונו של המבקש דכאן, להמשיך ולנהל את הבקשה לגילוי.
6. בהליכים כדוגמת ההליך דכאן, כאשר ברקע הבקשה לגילוי מסמכים נטענת טענה לאחריות נושאי המשרה בתאגיד לנוק שנגרם לתאגיד, הליך גילוי המסמכים מכח סעיף 198א' הינו שלב חיוני בניהול ההליך הנגזר. העובדה שמדובר בהליך "מקדמי", לפני שלב הגשת הבקשה לאישור ההליך כנגזר, אינה מפחיתה מחשיבותו של השלב הנ"ל שעניינו צמצום פער המידע שבין המבקש לבין המשיבים הפוטנציאליים בבקשת האישור. אשר על כן, הסתלקות מבקשת הגילוי צריכה להיבחן באופן העולה בקנה אחד עם החשיבות של ההליך "המקדמי", הגם שאין מדובר בהסתלקות מבקשת אישור לתביעה נגזרת גופא. בפרט, כאשר בקשת ההסתלקות מבוססת על טעמים הנוגעים לניהול ההליך עצמו ולעילה שביסודו, הרי שהבסיס העובדתי לבקשת ההסתלקות צריך להיות מוצג לבית המשפט (ולציבור) ולאפשר בחינה מהותית של הבקשה ונימוקיה. כל תהליך אחר לא יביא לתוצאה העומדת בבסיס פומביותו של ההליך הנגזר – בחינה של בעלי המניות האחרים האם מוצתה ונבחנה עד תום עילת התביעה הנגזרת.
7. כאמור בסעיף 11(ב) לתקנות התובענות הייצוגיות, תש"ע-2010 (להלן: **"התקנות"**), (ממנו יש ללמוד ולו על דרך האנלוגיה לעניין דכאן), על הצדדים לפרסם את דבר הגשת הבקשה להסתלקות באופן שיאפשר לגופים המנויים בסעיף 11(ג) לתקנות להביע את דעתם. בין היתר, הדבר נדרש בכדי לאפשר למבקש אחר, ליטול את היוזמה ולהגיש בקשה דומה.
8. בנוסף על האמור לעיל מופנה בית המשפט הנכבד לטיטות תקנות החברות (הוראות לעניין תביעה נגזרת והגנה נגזרת), התשע"ז-2017 (להלן: **"טיטות התקנות"**), אשר פורסמו להערות הציבור לאחרונה. הגם שמדובר בטיוטא בלבד, ניתן ללמוד מלשון טיוטת התקנות, כי בהמשך לפסיקה, מבקש מחוקק המשנה לאחד, בשינויים המחוייבים, את עיקר ההסדרים בנושא ניהול הליכים ייצוגיים ונגזרים. טיוטת התקנות מצורפת **כנספת 1** לעמדה זו.

9. בעיקר מופנה בית המשפט הנכבד לסעיפים 11-13 לטיוטת התקנות העוסקים בהסתלקות מבקשת האישור. עיון בסעיפים אלה מראה שגם הם מורים על "מחיקת" ההליך ולא דחייתו כתוצאה מבקשת הסתלקות (בכפוף לכך שאיש לא ביקש להחליף את המבקש ולהמשיך את ההליך) – הסעיפים הנ"ל מחייבים פרסום של עצם הגשת הבקשה להסתלקות לצורך מתן אפשרות לאדם אחר להכנס בנעלי המבקש המסתלק ולגורמים המנויים בסעיפים הנ"ל, להביע עמדתם בדבר ההסתלקות.
10. ההלכה הפסוקה גם היא הלכה כברת דרך בכל הקשור להכרה, כי יש לערוך אנלוגיה בין שני ההסדרים (ההליך הייצוגי וההליך הנגזר) והכל תוך הבנה שלאור המאפיינים הדומים בין שני ההליכים, יש מקום לגזור מהאחד לשני מקום בו הדבר נדרש. לעניין זה ראה אירית חביב סגל, **דיני חברות** כרך א', פרק י"ב - תביעה אישית, תביעה נגזרת ותובענה ייצוגית (2007):
- "הליך התביעה הנגזרת והליך התובענה הייצוגית - דומים זה לזה, במובן זה ששני ההליכים הם הליכים קולקטיביים, המתנהלים לטובתה של קבוצה, אשר חלק מחבריה אינם מופיעים בעצמם בבית-המשפט. הליך התביעה הנגזרת מתנהל לטובת החברה, המגלמת את כיס העושר הקולקטיבי של מכלול משקיעיה; הליך התובענה הייצוגית מתנהל לטובת קבוצה של בעלי ניירות ערך.."**
11. בנוסף, ראה כב' השופטת ר' רונן בתנ"ג 11-11-2008 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' זקן חמו** (פורסם בנבו 14.6.2012), רע"א 11126/08 **לבייב נ' רפאלי** (פורסם בנבו 7.5.2009), תנ"ג (מחוזי ת"א) 52117-02-12 **רסולי נ' ישרס חברה להשקעות בע"מ** (פורסם בנבו 5.12.2013), תנ"ג (מחוזי ת"א) 28887-07-12 **ורדניקוב נ' אלוביץ** (פורסם בנבו 30.4.2014), תנ"ג (מחוזי ת"א) 815-09-13 **לנואל נ' מאור ואח'** (פורסם בנבו 14.4.2015). בכל ההלכות דלעיל ערכו בתי המשפט השונים אנלוגיות מההליך הייצוגי אל ההליך הנגזר והחילו עקרונות החלים על ההליך הייצוגי, גם על ההליך הנגזר.
12. אנו למדים אפוא כי דרך המלך, הן מכח הדין בכל הקשור להליכים ייצוגיים, המוחל על דרך ההלכה הפסוקה, והן מכח הדין הרצוי (ככל שהוא מגובש במסגרת טיוטת התקנות) הינה שהליך הסתלקות יפורסם, יהא פומבי, לא ישא בחובו מעשה בית דין ויהא בפיקוח מלא של בית המשפט תוך מתן אפשרות לציבור להעיר את הערותיו ולהציג לפני בית המשפט הנכבד את הסתייגויותיו.
13. כאמור לעיל, הסדר הסתלקות בהליך ייצוגי מחייב פיקוח הדוק בהתאם לסעיף 16 לחוק התובענות הייצוגיות (ותקנה 11 לתקנות התובענות הייצוגיות) וזאת עקב בעיית הנציג המתעוררת במצב זה. סעיף 16 לחוק תוקן לאחרונה במסגרת תיקון מספר 10 לחוק התובענות הייצוגיות, ונועד להתמודד עם הגשת תביעות סרק לשם קבלת טובות הנאה. כך גם עולה מתכלית החוק, כפי שנכתב בדברי ההסבר – "הסעיף נועד למנוע עשיית שימוש בבקשה לאישור ובתובענה הייצוגית כאמצעי להפקת רווח אישי ללא תועלת לקבוצה". לשון אחר, דרך המלך היא שמבקש בקשת האישור ו/או התובע הייצוגי לא יקבל גמול אגב בקשת הסתלקות, אלא אם התובענה הראתה עילה לכאורה, והביאה למרות ההסתלקות, תועלת לחברי הקבוצה.
14. בעבר, בתי המשפט נטו לאשר הסדרי הסתלקות מתוגמלים כדבר שבשגרה. ראה לעניין זה דבריו של כב' השופט י. ענבר בעניין ת"צ 1469-02-13; ת"צ 39176-07-13; ת"צ 1349-11-13; ת"צ 1366-11-13; ת"צ 20949-12-13 **לוי נ' פסטה נונה בע"מ**, פסקה 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.11.2014) (להלן: **"עניין פסטה נונה"**):

"עיון במאגרי המידע המשפטיים יגלה, כי נכון לעת הזו נוהגים בתי המשפט, או למצער רובם, לאשר הסדרי הסתלקות מתוגמלת כדבר שבשגרה. ... הימנעותם של בתי המשפט ליזום דיון ולהכריע בשאלות דלעיל נובעת, מן הסתם, מכך שאישור ההסדרים מפנה זמן שיפוטי יקר לטובת יתר המתדיינים הממתינים לבירור דינם, וזאת מבלי שהוא יוצר מעשה בית-דין המונע מחברי הקבוצה להגיש תביעות אישיות. ... הפיתוי לאשר את הסדרי ההסתלקות המתוגמלת כמות שהם הנו, אפוא, רב. אלא שנוכח מגמת העלייה הניכרת במספרם של הסדרי הסתלקות אלו עד כדי הפיכתם ל"ברירת מחדל" מתעצמים סימני השאלה שהועלו לעיל ומקבלים מימד מהותי".

15. למרות היתרונות הקיימים באישור הסדרי הסתלקות מתוגמלים, אישור הסדרי הסתלקות מתוגמלים באופן רחב, מבלי לבחון כל הסדר לגופו ומבלי לערוך דיון ענייני וקונקרטי בעניינם, אינו רצוי. ולעניין זה יפים דבריו של כב' הנשיא א. גרוניס בעניין ע"א 4714/13 דיאב נ' חברת איי דיגיטל סטור בע"מ פסקה 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.9.2013) (להלן: "עניין דיגיטל סטור"):

"... בית המשפט רשאי שלא לאשר את הסכמת בעלי הדין בדבר תשלום הגמול או שכר הטרחה, שעה שעל הפרק עומד אינטרס ציבורי, הוא הרצון שלא לעודד את הגשתן של בקשות סרק לאישור תובענות ייצוגיות (ראו, למשל, עניין ז'טלנ). הגשת בקשת סרק לאישור תובענה ייצוגית שסיכוייה קלושים, מובילה לבזבז משאבים שיפוטיים יקרי ערך, גורמת למעמסה מיותרת על נתבעים ואף אינה עולה בקנה אחד עם האינטרסים של חברי הקבוצה שאותה מבוקש לייצג".

16. בהתאם, דומה כי כיום בתי המשפט נוטים לבחון הסדרי הסתלקות מתוגמלים באופן ספציפי ולאשרם רק כאשר קיימת הצדקה לכך:

"עיינתי בבקשת ההסתלקות ובהברות ב"כ הצדדים לגבי הגמול ושכר טרחת עורכי הדין ולא שוכנעתי, שמדובר במקרה מיוחד וחריג המצדיק סטייה מהכלל לפיו, אין לאשר גמול ושכר טרחה למסתלקים" (ת"צ (מחוזי ת"א) 1272-10-13 כץ נ' פלקו בע"מ, עמ' 4 לפסק דינו של כב' השופט ר. כהן (פורסם בנבו, 3.5.2015)).

17. יצוין, כי הגישה לפיה יש לדחות הסדרי הסתלקות מתוגמלים בתביעות בהם סיכויי התביעה נמוכים היא גם גישה מקובלת בספרות המשפטית:

"כדי להגן על הנתבע ועל דומים לו מפני תובענות סרק בעתיד, וכדי להרתיע תובעים ועורכי דין מהגשת תובענות כאלה, אסור שיזכו בהן לגמול כספי. כמו כן, כאשר סיכוייה המעטים של התביעה היו יכולים להיות ברורים לתובע אילו היה בודק את הדברים כראוי לפני שהגיש את הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ראוי להטיל עליו לשאת בהוצאות הנתבע גם אם זה הסכים לוותר על הוצאות אלה בהסכמתו להסתלקות" (אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה ייצוגית" משפטים מא 67-68 (2011)).

18. כאמור לעיל, בהתאם לתיקון 10 לחוק התובענות הייצוגיות, אשר תיקן את סעיף 16 לחוק העוסק בהסתלקות, על בתי המשפט לאשר הסדרי הסתלקות מתוגמלים רק במקרים בהם בקשת האישור גילתה עילה לכאורה וכן מקום בו ההליך עצמו הביא תועלת לקבוצה.

19. כך לדוגמא, בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 26870-12-12 שיאי אופיר השקעות בע"מ נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, פס' 16 לפסק דינו של כב' השופט י. ענבר (פורסם בנבו, 10.7.2014), בית המשפט דחה בקשת אישור הסתלקות מתוגמלת מאחר וזו לא הביאה לציבור או לחברי הקבוצה תועלת כלשהי. בית המשפט קבע שם כי "בהינתן שבקשת האישור או ההסתלקות לא הביאו לחברי הקבוצה או לציבור תועלת כלשהי, אין מקום לאשר לשלם למבקשים סכומים כלשהם בקשר עם הסתלקותם".
20. בדומה לכך, בעניין ע"ע (ארצי) 15001-03-14 טננבאום נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.9.2014) אישר כב' השופט פליטמן הסדר הסתלקות מתוגמל בו, בין היתר, "ההסדר אכן תרם באופן עתידי לחברי הקבוצה וכן למבוטחים עתידיים של המשיבה, וכבר קבענו כי אכן יש מקום, נוכח תרומה זו, לפסוק שכר טרחה לבאי כוח המערער".
21. לגבי העילה שעומדת בבסיס הבקשה לגילוי ואשר עתידה היתה להיות עילתה של בקשת האישור, דומה שבית המשפט והציבור אינו יכול לשפוט את דיות העילה וזאת לאור הדרך בה "שוכנעו" באי כוח המבקש בדבר הקושי בעילה. על כך יאמר כדלקמן: ככל שמלכתחילה לא עמדה למבקש עילה לבקשת האישור, הרי שמדובר בתביעת סרק שיש לסלקה ללא כל תגמול. ככל שהמבקש "שוכנע" באופן אמיתי על ידי המשיב כי למרות סברתו כי עומדת לו עילה טובה לבקשת האישור, אין הדבר כך, הרי שעניין זה יכול להבחן על ידי בית המשפט הנכבד (ומכאן הציבור) רק על בסיס המסמכים שהוצגו לפני המבקש ושימשו כבסיס לשינוי עמדתו ביחס לעילת הבקשה לאישור.
22. לפיכך, בעניין זה דומה שעומדות לפני המבקש שתי ברירות. להסתלק מההליך בלי תמורה ובלי בחינת המסמכים שהוצגו לו כאמור, על ידי בית משפט הנכבד או הציבור. לחלופין – לשכנע את בית המשפט הנכבד (ואת הציבור), כי עמדה לו עילה טובה לדעתו, ורק לאחר שנחשף למסמכים ולהסברים של המשיב, החליט שאין מקום להמשיך ולנהל את בקשת האישור ומכאן את הבקשה לגילוי. יצוין, כי ביחס לשתי הברירות הנ"ל, עדיין יש מקום, כי בית המשפט הנכבד ישקול לבצע מהלך של איתור מבקש חלופי כאשר המאמצים לעשות כן אמורים להיות שקולים לדיות העילה כפי שבית המשפט הנכבד יסבור שעומדת לחברה.
23. בענייננו, אין מחלוקת, כי ההסתלקות לא הביאה תועלת כלשהי לחברה ולכן לא מוצדק לפסוק למבקש ו/או לעורכי דינו גמול ו/או שכר טרחה כלשהם. פסיקת גמול ו/או שכר טרחה עשויה לגרום לאחת משתי תופעות שאף אחת מהן אינה רצויה: ככל שמדובר בבקשה חלשה - הדבר עשוי לעודד הגשת בקשות אישור חלשות נוספות (המטילות מעמסה על הנתבעים ומובילות לבזבוז משאבים שיפוטיים יקרים) מתוך ציפייה שניתן יהיה להסתלק מהן תמורת תשלום בסוף הדרך; ככל שמדובר בבקשה ראויה - הדבר עשוי לעודד נטישת בקשות כאלה חלף ניהולן עד להשגת פשרה או הגעה לפסק דין.
24. מכאן שלדעת היועץ המשפטי לממשלה דומה, כי המקרה דנן אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים המצדיקים הסתלקות מתוגמלת גם כאשר סיכויי הקבלה של התובענה או הבקשה אינם גבוהים. הבקשה הנוכחית ובקשת ההסתלקות לא הביאו לשינוי או הסדרה של ההתנהגות העתידית של המשיב ו/או מי מטעמו ולא הביאו כל יתרון לתאגיד שאת ריבו יצא המבקש לנהל.


ליאב דינבאום, עו"ד

מנהל המחלקה המשחרית