

מועד הגשת העמדה בהתאם להחלטת בית המשפט : 8.9.2022

מועד חתימת המסמך : 8.9.2022

רע"א 7763/21

בבית המשפט העליון

1. מר רפי ביסקר ו-14 אחרים

המבקשים 1-4, 7-9 ו-12-15 ע"י ב"כ עו"ד
ממשרד אגמון ושות' רוזנברג הכהן ושות', עורכי דין
מרח' יגאל אלון 98, תל אביב
טל': 03-6078607, פקס: 03-6078666

המבקשים 5 ו-10 ע"י ב"כ עו"ד ממשרד גולדפרב זליגמן ושות', עורכי דין
מרח' יגאל אלון 98, תל אביב
טל': 03-7101635, פקס: 03-7101617

המבקשים 6 ו-11 ע"י ב"כ עו"ד ממשרד ארדינסט בן נתן, טולידיאנו ושות'
עם המבורגר עברון, עורכי דין
מרח' ברקוביץ' 4, תל אביב
טל': 03-7770111, פקס: 03-7770101

המבקשים

- נ ג ד -

1. מר ראובן רוזנפלד

ע"י ב"כ עוה"ד עמית מנור ו/או יוקי שמש
מרח' הארבעה 28, תל אביב
טל': 03-6090434, פקס: 03-35438086

2. מר משה הייט

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד מושקוביץ, סטיס, חיימוביץ ושות', עורכי דין וכן ע"י ב"כ עו"ד ממשרד
אורלנסקי, איזנברג, מוזסון ושות', עורכי דין
מרח' אחד העם 9, תל אביב
טל': 03-7444771; פקס: 03-7444772

3. כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ

4. כלל פיננסיים בע"מ

5. סומך חייקין, רואי חשבון (KPMG ISRAEL)

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד ניר כהן, לשם ושות', עורכי דין
 מרח' ברקוביץ 4, תל אביב
 טל': 03-6968270 ; פקס: 03-6968277

6. י.ז.ד. בע"מ

7. מר יצחק דנקנר

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד כספי ושות', עורכי דין
 מרח' יעבץ 33, תל אביב
 טל': 03-7961000 ; פקס: 03-9761001

8. חברת השקעות דיסקונט בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד אפרים אברמזון ושות', עורכי דין
 מרח' בית"ר 2, ירושלים
 טל': 02-5654000 ; פקס: 02-5654001

9. אידיבי חברה לפתוח בע"מ

באמצעות עו"ד אופיר נאור, נאמן אידיבי חברה לפתוח בע"מ (בפירוק)
 ע"י ב"כ עו"ד ממשרד נאור-גרשט, עורכי דין
 מרח' מיטב 6, תל אביב
 טל': 03-5447404 ; פקס: 03-5447405

10. כונס הנכסים הרשמי

ע"י ב"כ עו"ד רועי נירון
 מבית שערי העיר, רחוב יפו 216 ירושלים
 טלפון: 073-3926843 ; פקס: 02-6467784

המשיבים

ובעניין:

היועצת המשפטית לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה
 מרח' קריית מדע 5, בניין B3 קומה 5, הר חוצבים, ירושלים 9777605
 טל': 073-3929630 ; פקס: 02-6467038

עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה ביחס להסדר הפשרה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מוגשת בזאת עמדת היועצת המשפטית לממשלה ביחס
 להסדר הפשרה בתביעה הנגזרת שבנדון שהוגש לבית המשפט הנכבד.

א. תמצית עמדת היועצת המשפטית לממשלה

1. במכלול נסיבות העניין היועצת המשפטית לממשלה אינה רואה להביע עמדה ביחס להסכמת הצדדים על דחיית הבקשה לאישור התביעה הנגזרת שבנדון ותותר שאלה זו לשיקול דעת בית המשפט הנכבד.
2. לצד זאת, היועצת המשפטית לממשלה מבקשת להביא את עמדתה בעניין המלצת הצדדים בעניין פסיקת שכר הטרחה והגמול.
3. ביחס לפסיקת הגמול למבקשים להיות תובעים בתביעה הנגזרת (המשיבים 1-2 לבקשת רשות הערעור. להלן, למען הנוחות: "התובעים"), הרי שלא מוקנית לבית המשפט הנכבד סמכות לפסוק גמול בנסיבות המקרה שלפנינו, שעה שהוסכם על דחיית בקשת האישור (ואף לא ניתנת טובת הנאה או תועלת כלשהי לחברה במסגרת ההסדר), ובשים לב להוראות סעיף 201 לחוק החברות תשנ"ט-1999 (להלן: "החוק") המתנה פסיקת גמול, בפסיקה לטובת החברה. על כן, הסכמת הצדדים בעניין זה מנוגדת באופן ברור להוראות הדין ולא ניתן לאשרה ומכאן ההתנגדות.
4. ביחס לפסיקת שכר הטרחה לבאי כוח התובעים (להלן: "באי הכח המייצגים"), הרי שאמנם בית המשפט מוסמך לפסוק שכר טרחה גם כאשר לא ניתן פסק דין לטובת החברה (זאת, בהתאם להוראות סעיף 200 לחוק). אולם, בהיבט שיקול הדעת, יהיה מקום לפסיקת שכר טרחה כאמור בעיקר במקרים שבהם בקשת האישור הביאה לתועלת ממשית לחברה וכמובן בהתאם לבחינת מכלול נסיבות המקרה הפרטני והשיקולים הרלבנטיים. זאת ועוד: במקרים שבהם בתי המשפט מוצאים לפסוק שכר טרחה חרף דחיית בקשת אישור או תביעה, מידת התועלת לחברה מהליך בקשת האישור אף תשליך על גובה הסכומים שייפסקו.
- במכלול נסיבות העניין שלפנינו שיפורטו להלן, היועצת המשפטית לממשלה אינה מתנגדת לעצם פסיקת שכר הטרחה ותותר זאת לשיקול דעת בית המשפט הנכבד, אך היא מתנגדת לגובה הסכומים עליהם המליצו הצדדים לשכר טרחה (בסך כולל של 1.2 מיליון ש"ח+מע"מ), שאינם הולמים לגישתה את נסיבות העניין שבהן בקשת האישור נדחתה ולחברה לא צמחה תועלת כלשהי מההליך. ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שיש מקום לפסיקת שכר טרחה בנסיבות העניין, ראוי לפסוק סכומים מתונים יותר, באופן שיהלום את נסיבות העניין.
5. עוד יוצג להלן העיקרון לפיו פסיקת שכר טרחה וגמול בתביעה נגזרת מסורה לסמכותו הבלעדית של בית המשפט, ואינה נתונה להסכמת הצדדים. הללו רשאים אמנם להמליץ לפני בית המשפט בעניין, אולם לבית המשפט נתון שיקול דעת רחב, והוא נדרש לתת ביטוי לשיקולי רוחב ולהתוויה של מערכת תמריצים ראויה שתקדם את האינטרס הציבורי ותתמרץ הגשת תביעות נגזרות ראויות. זאת, מעבר לבחינה של נסיבות ההליך הפרטני; במובחן מהאינטרסים הצרים של הצדדים להליך קונקרטי כזה או אחר, ובשים לב לתפקיד המרכזי שנושאת פסיקת שכר טרחה וגמול בהליכים אלה.
6. עוד יובהר, שראוי לקבוע, שגם בתביעות נגזרות (בדומה לתביעות ייצוגיות), הצדדים אינם רשאים להתנות את תוקפו של הסדר פשרה בקבלת המלצתם בסוגיית שכר הטרחה והגמול, באשר סוגיית שכר הטרחה והגמול מסורה, כאמור, לשיקול דעתו הבלעדי של בית המשפט. כך גם משיקולים נוספים שיפורטו. על כן, ככל שבית המשפט הנכבד יקבל את עמדת היועצת המשפטית לממשלה ולא יאמץ את הסכמת הצדדים בסוגיית שכר הטרחה והגמול, אין הדבר סותר את האפשרות לאשר את הסכמת הצדדים על דחיית בקשת האישור במסגרת הסדר הפשרה (ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שיש מקום לכך).
7. היועצת המשפטית לממשלה תותר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את המלצת הצדדים בדבר

החזר הוצאות לתובעים בסך של 200,000 ש"ח.

8. בפתח הדברים, יוטעם כי הסוגיה המתעוררת כאן, בנוגע לפסיקת שכר טרחה וגמול במסגרת תביעה נגזרת, בסיטואציה שבה התביעה (או בקשת האישור) נדחית, למיטב הידיעה, **טרם נדונה בפסיקתו של בית משפט זה**. לסוגיה זו יש **השלכות רוחב וחיוביות**, לאור השלכותיה על עיצוב אופיו של מוסד התביעה הנגזרת ועל יצירת תמריצים מתאימים להגשת תביעות נגזרות ראויות שיקדמו את טובת החברות שבשמן מוגשות תביעות אלה, ירתיעו מהפרת דיני החברות, ויבצרו נורמות ראויות בממשל התאגידי ככלל. גם בשל כך, מוגשת עמדה מפורטת זו.
9. עוד יובהר בפתח הדברים, בשים לב לאמור בסעיף 3 להודעה שהגיש כונס הנכסים הרשמי (המשיב 10) לבית המשפט הנכבד ביום 30.5.2022, כי **כונס הנכסים הרשמי מכפיף את עצמו לעמדת היועצת המשפטית לממשלה** ביחס להסדר הפרשה, המפורטת בעמדה זו, שהיא גם הגורם בעל המומחיות, הסמכות וראיית הרוחב להביע עמדה ביחס להסדרי פרשה בתביעות נגזרות.

ב. רקע נדרש

10. בשנת 2013, הוגשה בקשה לאישור תביעה נגזרת בשם חברת השקעות דיסקונט בע"מ (להלן: **"דיסק"ש"**, או **"החברה"**), על ידי בעלי מניות בחברה (המשיבים 1-2 להליך שבכותרת). הבקשה הוגשה נגד אי. די. בי. חברה לפיתוח בע"מ (להלן: **"אי.די.בי."**) שהייתה במועדים הרלבנטיים בעלת השליטה בחברה, נגד בעלי מניות נוספים בחברה וכן נגד דירקטורים, נושאי משרה בכירים בחברה, ומשרד רואי החשבון שביקר את הדוחות הכספיים של החברה.
11. בבקשת האישור נטען כי בשנים 2010-2011 בוצעה בחברה חלוקת דיבידנדים אסורה בסכום של כ-1.2 מיליארד ש"ח, מבלי שבפועל יהיה לחברה רווח חשבונאי המותר בחלוקה לפי הוראות החוק. הטענה הייתה, שחלוקת הדיבידנדים התבססה על "רישום חשבונאי מלאכותי", של "רווחים רעיוניים", "שלא היו ולא נבראו" (סעיף 2 לבקשת האישור), בקשר להשקעה בחברת שופרסל בע"מ. נטען, שמדובר היה ברווח רעיוני גרידא שנרשם בספרי החברה, "שאין ולא יהיה בצדו כל תזרים מזומנים" (סעיף 7 לבקשת האישור), תוך "שימוש לרעה" בתקן חדש בנושא צירוף עסקים (שם).
- עוד נטען, שלפני כניסת תקן IFRS בנושא צירוף עסקים לתוקף, נמכרו מניות שופרסל שבהן שלטה החברה, על מנת לרדת ממצב של שליטה פורמלית של החברה בשופרסל, ולאחר כניסת התקן החדש לתוקף המניות נקנו על ידי החברה מחדש, על מנת לעלות למצב של שליטה פורמלית של החברה בשופרסל, ובמצב דברים זה, החברה הייתה רשאית לכאורה לפי התקן החדש לשערך את ההשקעה בשופרסל ולחלק דיבידנדים על בסיס רווח רעיוני משוערך זה (סעיף 8, שם).
- נטען בבקשת האישור כי "אסור היה לבצע שערך של ההשקעה בשופרסל מאחר שלא עמדה מאחוריו כל תכלית כלכלית אמיתית ומשמעותית והוא נועד רק לצורך חלוקת דיבידנדים", וכן נטען כי "אסור היה לחלק דיבידנדים בהתבסס על רווחים מדומים אלו" (שם, סעיף 9).
- הסעד שהתבקש בבקשת האישור היה לחייב את המשיבים לבקשה או מי מהם להשיב לחברה את מלוא הדיבידנד שחולק שלא כדין, וכן את הסכומים ששילמה החברה לשם רכישת מניות נוספות בשופרסל מהציבור שכל מטרתה הייתה לאפשר את החלוקה האסורה (שם, סעיף 30).
- יצוין כי אי.די.בי. הייתה במועדים הרלבנטיים בעלים של כ-73.51% ממניות החברה לפי האמור בסעיף 36 לבקשת האישור וממילא קיבלה לקופתה חלק ניכר מהדיבידנדים שחולקו.
12. המשיבים לבקשת האישור (המבקשים בבקשת רשות הערעור וכן המשיבים 3-7 לבקשה. להלן, למען הנוחות: **"הנתבעים"**) דחו את טענות התובעים.

13. קצרה היריעה מלפרט כאן את כל גלגולי ההליך. תצוין אך התפתחות דיונית משמעותית בהליך שצמצמה את היקף הנתבעים במסגרתו. בהחלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב (בהליכי הפירוק של חברת אי.די.בי.) מיום 29.12.2014¹ ניתן "צו חוסם" האוסר על הגשתה וניהולה של בקשת האישור, זאת מהטעם, שהדיון בבקשת האישור עלול לסכן את הסדר הנושים שאושר בהליכי חדלות הפירעון בעניינה של אי.די.בי. והיות ועילת בקשת האישור נולדה עוד לפני שאושר הסדר הנושים, אך בקשת האישור הוגשה רק לאחר אישור ההסדר. כך גם בשים לב ל-"סכומים האדירים" הנדונים וכן לנוכח החשש, שקבלת התביעה הנגזרת תשמוט את הקרקע תחת ההסדר האמור לתרום להבראתה של אי.די.בי. כך גם בשל השיהוי הכבד שבו לקתה בקשת האישור, והשקעות העתק שהושקעו בהסתמכות על הסדר הנושים שאושר.

על החלטה זו הוגש ערעור לבית משפט זה² שהתקבל בחלקו. במסגרת פסק דינו של בית משפט נכבד זה נקבע, שהצו החוסם נגד אי.די.בי. יוותר על כנו, אך הצו החוסם נגד יתר הנתבעים יבוטל.³ בהתאם לכך הוגשה בקשת אישור מתוקנת ממנו נמחקה חברת אי.די.בי.

14. ראוי לציין, שבהמשך לצו הפירוק שניתן נגד אי.די.בי., ביום 25.9.2020 הגישו נושאי המשרה ורואי החשבון (הנתבעים במסגרת בקשת האישור) תביעות חוב מותנות נגד אי.די.בי. (טענתם היא, שאם הם יחויבו במסגרת התביעה הנגזרת, הם יהיו זכאים לשיפוי מאי.די.בי., שקיבלה לקופתה חלק נכבד מחלוקת הדיבידנדים נושא בקשת האישור ונמחקה מבקשת האישור עקב הצו החוסם שהוצא, כמפורט לעיל). עקב כך, בהתאם להחלטות בית משפט של פירוק "מרותק היום בקופת הנאמן סכום משמעותי של מעל 172.4 מיליון ₪" (סעיף 7 לבקשה לאישור הסדר הפשרה. ראו שם גם בסעיף 32), שלא מחולק לנושים הוודאיים של אי.די.בי.⁴ **הדברים מובאים היות והדבר חשוב להבנת טענות הצדדים במסגרת הסדר הפשרה שלפנינו**, כדלהלן.

15. ומכאן להליכים נושא בקשת רשות הערעור שבכותרת. הדירקטורים (הנתבעים בבקשת האישור) הגישו לבית המשפט קמא בקשה לסילוק על הסף של בקשת האישור. בבקשה נטען, שלחברי הדירקטוריון הנוכחיים של החברה אין כל קשר לנתבעים בבקשת האישור ואף אין להם ענין אישי אחר בהחלטה בבקשת האישור. עוד הוטעם שם, שהדירקטוריון הנוכחי של החברה בחן פעם נוספת את בקשת האישור והודיע לבית משפט קמא⁵ כי התקבלה החלטה, פה אחד, להתנגד לבקשת האישור: "דירקטוריון החברה בהרכבו הנוכחי סבור כי בעניינו לא מתקיימים התנאים לאישור הגשת תביעה נגזרת שכן בראש ובראשונה סיכויי התביעה נמוכים ונוסף לכך התביעה וניהולה אינה לטובת החברה..." (סעיף 12 להודעה). על בסיס האמור, טענו הדירקטורים, שיש מקום לדחיית בקשת האישור על הסף.

בית משפט קמא דחה בקשה זו ללא קבלת תגובה,⁶ מהנימוק, שהבקשה מעוררת סוגיות משפטיות ועובדתיות שלא ניתנות להכרעה בפשטות וביעילות במסגרת הליך סף נפרד מהדיון בבקשת האישור. נגד החלטה זו הוגשה בקשת רשות הערעור שבכותרת בגדרה טוענים הדירקטורים, שמדובר בסוגיה

¹ פר"ק (מחוזי תל אביב) 36681-04-13 הרמטיק נאמנות בע"מ נ' אי.די.בי. **חברה לפיתוח בע"מ** (נבו, 29.12.2014).

² ע"א 1091/15 **רוזנפלד נ' dolphin fund limited** (נבו, 13.7.2016).

³ יצוין, כי כבוד השופט עמית בדעת מיעוט סבר שיש לבטל את הצו החוסם נגד יתר הנתבעים יבוטל במלואו. כבוד השופטים רובינשטיין וסולברג הוחלט שהצו החוסם נגד יתר הנתבעים יבוטל במלואו.

⁴ כן יצוין, שביום 13.4.2021 נתן בית משפט של חדלות פירעון (הדן בעניינה של אי.די.בי. בהליך חדל"ת 43652-09-20 הרמטיק נאמנות בע"מ נ' אי.די.בי. **חברה לפיתוח בע"מ**) היתר למשיבים לבקשת האישור להמשיך בהליך של הודעת צד שלישי נגד אי.די.בי. (נספח 10 לבקשת רשות הערעור שבכותרת). ביום 4.11.2021 נתן בית משפט קמא החלטה דומה, שאישרה את הגשת ההודעות לצד שלישי נגד אי.די.בי. (נספח 5 לבקשת רשות הערעור).

⁵ בהודעתו מיום 18.10.2021, נספח 13 לבקשת רשות הערעור.

⁶ החלטת בית משפט קמא נושא ההליך שבכותרת, מיום 20.10.2021.

משפטית "ברורה ומצומצמת" המצדיקה את סילוק בקשת האישור על הסף.
 16. ביום 28.4.2022 התקיים דיון (לפני כבוד השופט גרוסקופף) בבקשת רשות הערעור. בדיון הביע כבוד השופט גרוסקופף את עמדתו, שבקשת האישור צריכה להידון בפני בית המשפט הכלכלי בתל אביב והציע לצדדים להסכים להעברת התיק לבית משפט זה, שיוכל לדון מחדש בבקשה לסילוק על הסף. במסגרת הדיון עלתה הצעה, שהצדדים ינסו לגבש ביניהם הסכמה לסיום ההליכים, ויגישו בקשה לאישור ההסכמות (ככל שיגובשו) לבית המשפט העליון.⁷

ג. הסדר הפשרה המוצע

17. ביום 18.5.2022 הגישו הצדדים לבית המשפט הנכבד את הבקשה לאישור הסדר הפשרה שלפנינו.
 18. בהסדר הפשרה הסכימו הצדדים, שבקשת האישור תידחה "על הסף ולגופה", כאשר הדחייה "תהווה מיצוי ויתור וסילוק מלא סופי ובלתי חוזר ביחס לכל הטענות עילות התביעה והסעדים" שהועלו בבקשת האישור, והתובעים הנגזרים, החברה, וכל מי מטעמם לא יהיו רשאים לנקוט בכל הליך משפטי בגין הטענות ועילות התביעה שנטענו כלפי הנתבעים בבקשת האישור וכלפי אי.די.בי. כמו כן הוסכם, שהחברה מוותרת באופן מלא סופי ובלתי חוזר על כל טענה העומדת לה נגד מי מהנתבעים בבקשת האישור ונגד אי.די.בי. גם אי.די.בי. הסכימה בהסדר לוותר על כל טענה העומדת לה נגד מי מהנתבעים לבקשת האישור, בקשר עם הבקשה לאישור וכל הנטען בה.
 19. עוד הוסכם בהסדר, שישולם לתובעים ולבאי כוחם סך כולל של 1.5 מיליון ש"ח בתוספת מע"מ, בגין החזר הוצאות (בסך של 200,000 ש"ח), בגין גמול (בסך של 50,000 ש"ח+מע"מ לכל אחד משני התובעים) ובגין שכר טרחה (בסך כולל של 1.2 מיליון ש"ח+מע"מ, כ-600,000 ש"ח+מע"מ לכל אחד משני באי הכוח המייצגים).⁸ נאמר בהסדר, שהתשלום נעשה ללא הודאה באחריות כלשהי ותוך כפירה בעילות התביעה.
 20. הצדדים גם הסכימו, שפסק דין שיאשר את ההסכם (ככל שיינתן) יהיה פסק דין בבקשת רשות הערעור שבכותרת.

עמדת היועצת המשפטית לממשלה

ד. הסכמת הצדדים על דחיית בקשת האישור

21. באופן כללי (וטרם תובא התייחסות לנסיבות המקרה שלפנינו), הסכמת צדדים בהליך של תביעה נגזרת על דחיית בקשת אישור, לצד פסיקת שכר טרחה וגמול בסכומים גבוהים, עשויה לעורר "נורות אזהרה" שמא הדבר מהווה ביטוי של "בעיית הנציג". עניינה של בעיה זו כידוע, בחשש, שבמסגרת תביעה נגזרת, התובע הנגזר ובא כוחו ייתנו עדיפות לאינטרסים האישיים שלהם (ובמיוחד האינטרס לקבל שכר טרחה וגמול), על פני האינטרסים של החברה שבשמה הוגשה בקשת האישור ועל פני האינטרסים הציבוריים הרחבים העומדים ביסוד מוסד התביעה הנגזרת (ובכללם פיצוי החברה על נזקה; אכיפת הדין על בעלי תפקידים בחברה; הרתעת נושאי משרה בחברות מהפרת הוראות הדין

⁷ יצוין, שבדיון עלתה הצעה שההליכים יסתיימו במתן תגמול כספי לבאי הכוח המייצגים על מאמציהם (עמוד 5 לפרוטוקול, שורות 17-19), אולם לא עלתה בדיון הצעה לסכומים ספציפיים. כמו כן, כבוד השופט גרוסקופף הדגיש כי בשלב זה הוא אינו מכיר את התיק מספיק טוב ואינו מביע עמדה לגוף הדברים (שם, שורות 17, 31).

⁸ בהסדר גם נקבעה החלוקה הפנימית בתשלומים אלה למייצגים: המבטחים של נושאי המשרה לשעבר ושל חלק מהמשיבים הנוספים לבקשת האישור יישאו בתשלום בסך של 1,125,000 ש"ח+מע"מ בחלוקה פנימית שנקבעה ביניהם; אי.די.בי. תישא בתשלום בסך של 375,000 ש"ח+מע"מ.

והנהגת נורמות ראויות בממשל התאגידי ככלל).⁹ ראו והשוו גם לדברים שנאמרו בעניין **מרקיס**¹⁰ ביחס להסתלקויות מתוגמלות מתובענות ייצוגיות: **"פסיקת גמול ושכר טרחה אגב הסתלקות עלולה ליתן תמריץ למייצגי הקבוצה למחוק תביעה מוצדקת וזאת מתוך רצון של המייצגים לגרוף רווח קל ומהיר לכיסם הפרטי, על חשבון טובתה של הקבוצה"**. ואם הדברים אמורים ביחס להסתלקויות שאינן מקימות מעשה בית דין (עניין **מרקיס**, שם) הדברים נכונים בקל וחומר ביחס להסכמות על דחיית תביעות שמקימות מעשה בית דין.

מאידך גיסא, במקרים מסוימים, עשוי גם להתעורר חשש הפוך, שמא מדובר בהליך סרק וחסר עילה (וזאת לנוכח ההסכמה על דחיית ההליך), שהנתבעים הסכימו לשלם שכר טרחה וגמול בעניינו, רק לנוכח עלויות ההתדיינות היקרות.¹¹ עניין זה יוזכר להלן במסגרת הדיון בסוגיית שכר הטרחה.

22. לאחר בחינת ההליך שלפנינו, **היועצת המשפטית לממשלה אינה רואה להביע עמדה ביחס להסכמת הצדדים על דחיית התביעה ותותיר את העניין לשיקול דעת בית המשפט הנכבד**. זאת, בשים לב להערת בית המשפט העליון בפסק דינו בעניין **רוזנפלד**¹² (בסעיף קט לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין), שבנסיבות העניין, עומדת לפני המבקשים בתביעה הנגזרת **"משוכה גבוהה שעליהם לעבור... שעה שאופן החלוקה (של הדיבידנדים-הח"מ) היה ידוע..."**. זאת גם בשים לב לעמדת כבוד השופט ברנר שדן בתיק הפירוק של אי.די.בי.¹³ שקבע: **"ניתן להעריך כי סיכויי ההצלחה של התובענה הנגזרת הם נמוכים"**. ויודגש שוב, שהיועצת המשפטית לממשלה אינה מביעה כל עמדה לגופה של בקשת האישור. עוד יצוין, שביום 13.2.2020 הגישו הגורמים המקצועיים במשרד המשפטים הודעה לבית המשפט קמא שבה נכתב: **"לאחר שנשקלו הסוגיות המשפטיות העולות בהליך זה ונסיבותיו המיוחדות, הוחלט שלא לנקוט עמדה בהליך שבכותרת וזאת בהינתן הנסיבות המיוחדות של הליך זה"**.

23. לצד האמור, יוער כי נראה שסעיף הסילוק והוויתור בעניינה של החברה מנוסח באופן רחב מידי: **"דסק"ש וכל מי מטעמה או מכוחה מוותרת באופן מלא סופי ובלתי חוזר על כל טענה, עילת תביעה, או זכות העומדת לדסק"ש או למי מטעמה או לכל הבא מכוחה נגד מי מהמשיבים בבקשה לאישור, אידיבי פתוח, חליפיהם וכל הבא מכוחם"**. תשומת הלב לכך, שבשונה משאר סעיפי הוויתור בהסדר הפרשה המצומצמים לעילות התביעה והסעדים שנתבעו בבקשת האישור, הוויתור של החברה מנוסח כחל על כל טענה וזכות של דסק"ש נגד מי מהמשיבים בבקשת האישור. ראוי לצמצם את מעשה בית הדין ואת הוויתור כך שיחולו רק על הטענות שנטענו בבקשת האישור והקשורות אליה. אין מקום לקביעת מעשה בית דין על עניינים שלא נטענו (וודאי לא נתבררו) בהליך.

⁹ להרחבה על בעיית הנציג הכרוכה במוסד התביעה הנגזרת ראו: רע"א 5296/13 **אנטורג נ' שטבינסקי** [פורסם בנבו] (24.12.2013), בסעיף 16 לפסק הדין; רע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן** [פורסם בנבו] (26.4.2015), בסעיפים 12-14 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג ובסעיף 15 לפסק דינו של כבוד השופט עמית (להלן: **"עניין אפריקה ישראל"**). לגבי התכלית ההרתעתית והציבורית בתביעות אלה ראה גם בסעיף 11 לפסק דינו של השופט סולברג שם: **"יש שהדגישו את הייחוד שבתביעה הנגזרת ביכולת המוגברת לשקול בגדרה את שיקול האינטרס הציבורי-ההרתעתי"**.

¹⁰ ע"א 8114/14 **מרקיס מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ**, נבו, 5.8.2018, סעיף 22 (להלן: **"עניין מרקיס"**).

¹¹ ראה: עניין **אפריקה ישראל**, סעיף 12 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג; עניין **מרקיס**, סעיף 22.

¹² ראה לעיל, ה"ש 2.

¹³ חדל"ת 43652-09-20 **הרמטיק נאמנות בע"מ נ' אי די בי חברה לפיתוח בע"מ**, נבו, 6.3.2022, סעיפים 46-47. הדיון בהחלטה זו היה בבקשה של נאמן אי.די.בי. לשום את תביעות החוב המותנות של המשיבים לבקשת האישור כלפי אי.די.בי. (ראו לעיל, סעיף 14 לעמדה זו).

ה. סוגיית הגמול

24. כאמור לעיל, הצדדים הסכימו, לצד דחיית בקשת האישור, על תשלום גמול בסך כולל של 100,000 ש"ח (כ-50,000 ש"ח לכל אחד מהתובעים).
25. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, הסכמה זו מנוגדת לדין ולא ניתן לאשרה.
26. בסעיף 201 לחוק החברות מוסמך בית המשפט לפסוק גמול לתובע בתביעה נגזרת. וזו לשונו: **"פסק בית המשפט לטובת החברה, רשאי הוא להורות על תשלום גמול לתובע שטרח בהגשת התביעה הנגזרת ובהוכחתה"**.
- ברור מלשון הסעיף, שתנאי לפסיקת גמול הוא פסיקה בהליך "לטובת החברה". הדברים מתחדדים עוד, בהשוואה להוראות סעיף 200א לחוק, ביחס לפסיקת שכר טרחה לטובת בא כוחו של התובע בתביעה נגזרת: **"בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את התובע בתביעה הנגזרת..."**. החוק לא מתנה את פסיקתו של שכר טרחה בפסק דין לטובת החברה, אלא קובע אך ששכר הטרחה ייקבע עבור ייצוג התובע. לסוגיית שכר הטרחה נשוב להלן. לענייננו כעת, יודגש, כי ההבדל בניסוח שני הסעיפים מחדד ומדגיש את קביעת המחוקק, שפסיקת גמול לתובע, מותנית באופן קטגורי בפסיקה "לטובת החברה".
27. מעניין להשוות את הוראות חוק החברות ביחס לפסיקת גמול בתביעה נגזרת, גם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), בנוגע לפסיקת גמול בתובענה ייצוגית. בסעיף 22(א) לחוק תובענות ייצוגיות נקבע: **"הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, לרבות בדרך של אישור הסדר פשרה יורה על תשלום גמול לתובע המייצג..."**. אם כן, באופן עקרוני, גם בתובענה ייצוגית, פסיקת גמול מותנית בהכרעה שיפוטית "לטובת הקבוצה".¹⁴ אלא, שבשונה מההוראה הקטגורית של חוק החברות, חוק תובענות ייצוגיות קובע את האפשרות לפסוק גמול במקרים מיוחדים, אף אם לא ניתנה הכרעה בהליך לטובת הקבוצה: **"בית המשפט רשאי במקרים מיוחדים ומטעמים מיוחדים שיירשמו לפסוק גמול... אף אם לא אושרה התובענה הייצוגית או שלא ניתנה הכרעה בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה..."** (סעיף 22(ג)(1) לחוק). קיומה של הוראה כזו בחוק תובענות ייצוגיות מבליט את היעדרה של הוראה מקבילה בחוק החברות, שכאמור קובע באופן קטגורי וללא חריגים, שתנאי לפסיקת גמול הוא פסיקה בהליך "לטובת החברה".
28. גם הפסיקה עמדה על עיקרון זה. ראו בעניין ברנדייס,¹⁵ בעמודים 16-17: **"קביעת הגמול מותנית באופן חד משמעי בפסיקה של בית המשפט לטובת החברה... מאחר ובחוק החברות קיימת הוראה ספציפית באשר לסמכותו של בית המשפט לפסוק גמול לתובע - המתנה את הסמכות בפסיקה לטובת החברה - אין מקום לאנלוגיה והחלת ההוראה הקבועה בסעיף 22(ג) לחוק תובענות ייצוגיות - על זכותו של תובע לגמול בתביעה נגזרת שלא הוכרעה או שלא הוכרעה לטובתה של החברה"**. כמו כן ראו בפסק דינה של כבוד השופטת רונן בעניין עזיזי,¹⁶ בסעיפים 47-50:
- "בניגוד לסעיף 200א, סעיף 201 מתנה את אפשרות פסיקת הגמול לתובע בכך ש"פסק בית- המשפט לטובת החברה"... ההבחנה בין נוסחו של סעיף 201 לבין נוסחו של סעיף 200א מחייבת את בית- המשפט לצקת בה משמעות... אכן בעבר הייתי סבורה כי ניתן לקבוע כי במקרה בו בית-**

¹⁴ יש לציין, שגם בחוק תובענות ייצוגיות, לגבי פסיקת שכר טרחה, קביעת החוק שונה וסעיף 23 לחוק קובע כי "בית המשפט יקבע את שכר הטרחה... בעד הטיפול בתובענה הייצוגית" ולא מתנה זאת בהכרעה לטובת הקבוצה.

¹⁵ תנ"ג (כלכלי תל אביב) 44359-12-12 ברנדייס נ' אלשטיין, נבו, 31.12.2015 (להלן: "עניין ברנדייס").

¹⁶ תנ"ג (כלכלי תל אביב) 27111-08-14 עזיזי נ' א.דורי בנייה בע"מ, נבו, 31.12.2017 (להלן: "עניין עזיזי").

המשפט נותן תוקף של פסק דין להסכם פשרה בין הצדדים במסגרתו מחויבים המשיבים או מי מהם לשלם סכומי כסף לחברה, ניתן לקבוע כי בית-המשפט "פסק לטובת החברה" כדרישתו של סעיף 201. אולם לא ניתן לקבוע זאת במקרה כמו המקרה דנן, בו בית-המשפט לא דן בבקשת האישור, הצדדים לא הגיעו להסכמה ובית-המשפט לא חייב את המשיבים או מי מהם בתשלום כלשהו לטובת החברה... בנסיבות כאלה, קביעה לפיה בית-המשפט "פסק לטובת החברה" תהיה בעיני מרחיקת לכת מדי, קביעה שאין לה עיגון לשוני בחוק".¹⁷

29. לצד זאת, נקבע בפסיקה¹⁸ כי: "פסק דין הנותן תוקף להסכם פשרה בין הצדדים, במסגרתו מחויבים המשיבים או מי מהם לשלם כסף לחברה, מאפשר פסיקת תשלום גמול לתובע".

30. למען שלמות התמונה יצוין, כי נמצאו גישות שונות בפסיקה ביחס לשאלה האם בית המשפט מוסמך לפסוק גמול לתובע בתביעה נגזרת, כאשר לא ניתן פסק דין לטובת החברה (לגוף ההליך או בהסדר פשרה), אולם הגשת ההליך הביאה לתועלת לחברה והאם ניתן לתת פירוש מרחיב ללשון סעיף 201 לחוק בדבר פסיקה "לטובת החברה" כך שיביא בגדרו גם מקרים אלה.

בעניין עזיזי דנה כבוד השופטת רונן, במקרה שבו לאחר הגשת בקשה לאישור תביעה נגזרת, הושבו דיבידנדים לחברה, אולם הדבר נעשה שלא מכוח החלטה שיפוטית כלשהי ואף לא במסגרת הסדר פשרה, אלא באופן עצמאי על ידי הצדדים. בית המשפט קבע, שיש לייחס תועלת זו להגשת בקשת האישור ופסק שכר טרחה עקב כך. למרות זאת, בית המשפט קבע, שאין לו סמכות לפסוק גמול לתובע, כי לשם כך לא די בתועלת שהצמיחה בקשת האישור לחברה, אלא נדרש שהשבת הסכומים תוטל על הנתבעים על ידי בית המשפט (אם בהכרעה בהליך ואם באישור הסדר פשרה).¹⁹ בדומה, בעניין ברק, נדון מקרה שבו במסגרת הסדר פשרה בבקשה לגילוי מסמכים, הוסכם על שיפור נהלי העבודה העתידיים של הבנק באופן שעשוי למנוע נזקים עתידיים, אך לא ניתן שם פיצוי כלשהו לבנק. בית המשפט פסק שכר טרחה, אך דחה בקשה לפסיקת גמול לתובע חרף התועלת לבנק כתוצאה מההליך שיזם המבקש, וזאת מהטעם, שלא מדובר בפסק דין לטובת החברה.

מנגד, ראו בעניין ספיר²⁰ שם נקבע, שניתן לפסוק גמול לתובע בתביעה נגזרת גם אם לא ניתן פסק דין לטובת החברה, "במקרים חריגים", ולמשל "כאשר הגשת התביעה הנגזרת סייעה בתיקון הכשל מושא התביעה" (שם, סעיף 17).²¹ כמו כן ראו בעניין צרפתי שם נקבע בסעיפים 24-25, שפסיקת גמול למבקש בתביעה נגזרת, שביקש להסתלק מההליך צריכה להיות "בגדר החריג", שעשוי להתקיים כאשר "בד בבד עם הסתלקותו הושגה טובת הנאה... לחברה".²²

היועצת המשפטית לממשלה אינה רואה לקבוע מסמרות במחלוקת זו, שעה שהדבר אינו נדרש לשם ההכרעה בהליך שלפנינו.

1. סוגיית הגמול – מהכלל אל הפרט

31. במסגרת ההסדר שלפנינו, כאמור, הצדדים הסכימו על דחיית בקשת האישור. לא עולה כל טענה על

¹⁷ כבוד השופטת רונן פסקה דברים דומים גם בעניין תנ"ג (כלכלי תל אביב) 31934-02-14 ברק נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, נבו, 8.4.2016 (להלן: "עניין ברק").

¹⁸ תנ"ג (כלכלי תל אביב) 27061-07-16 שיליאן נ' צרפתי, נבו, 14.12.2020, בסעיף 13 (להלן: "עניין צרפתי").

¹⁹ אמנם, ראו בדבריה של כבוד השופטת רונן שם בסעיף 49, שלגישתה, מתן אפשרות לפסוק גמול לתובע כאשר ההליך הניב תועלת לחברה היא מהלך רצוי מבחינת הדין הראוי. אולם, בגדר הדין הקיים, הדבר אינו אפשרי.

²⁰ תנ"ג (כלכלי תל אביב) 7151-08-20 ספיר נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ, נבו, 27.1.2021.

²¹ אמנם, במקרה הקונקרטי שנדון שם נקבע, שהגם שלא מדובר היה בהליך סרק, לא נמצאה הצדקה לפסיקת שכר טרחה וגמול, בהיעדר נסיבות ייחודיות המצדיקות זאת.

²² אמנם, במקרה הקונקרטי נקבע שלא מתקיימת הצדקה לפסיקת גמול.

תועלת כלשהו שהפיקה החברה מההליך, ואף במסגרת הסדר הפשרה לא ניתנת טובת הנאה כלשהי לחברה.

32. הנימוקים שמוצגים בבקשה לאישור ההסדר, להצדקת הגמול המבוקש, נוגעים לטענות על מורכבות ההליך והסוגיות שנדונו במסגרתו, למשאבים שנדרשו המייצגים להשקיע בהליך בשתי ערכאות במשך שנים לא מעטות לרבות קבלת הערעור (בחלקו) שהגישו לבית משפט זה בסוגיית הצו החוסם. עוד נטען (בסעיף 29 לבקשה לאישור ההסדר), שנודעת "חשיבות רבה" לעמדת דירקטוריון החברה המתנגד לבקשת האישור גם לאחר שחברי הדירקטוריון הוחלפו ולא חברים בו כיום הנתבעים בבקשת האישור (וחברי הדירקטוריון הנוכחיים לפי הנטען אינם לוקים ב-"ניגוד עניינים"). עוד נטען שם בהקשר זה, שמדובר בנסיבה שלא הייתה בשליטת המייצגים. בדומה, נטען (בסעיף 10 לבקשה לאישור ההסדר), גם ביחס לחילופי השליטה בקבוצת אי.די.בי.; בנוגע לכניסת אי.די.בי. להליכי חדלות פירעון; וביחס למימוש מניות השליטה של אי.די.בי. בדסק"ש (שבמסגרת הליכי כינוס נכסים נמכרו לקבוצת משקיעים). נטען שם, שמדובר בשינויי נסיבות שהייתה להם השפעה מהותית על ההליך המשפטי והקשו על ניהולו.

אין לנימוקים אלה ולו דבר עם דרישת הסף של החוק לפסק דין "לטובת החברה", כתנאי לפסיקת גמול.

33. כך גם, לצורך סוגיית הגמול, **אין רלבנטיות** לנימוק שמעלים הצדדים, בדבר התועלת לנושי אי.די.בי. מ-"שחרור" הכספים שמרותקים בקופת הפירוק של אי.די.בי. בשל תביעת החוב המותנית של הנתבעים בבקשת האישור נגדה (כספים שלא מחולקים בשל כך לנושים הוודאיים של אי.די.בי.)²³ תועלת זו (אף אם נראה בה תועלת ציבורית) **אינה תועלת לחברה** (דסק"ש). נוסף על כן, תועלת זו אף **אינה תועלת שצמחה מהגשת ההליך**, אלא דווקא מדחייתו. על כן, ברי שאף נימוק זה שמעלים הצדדים, אינו מביא את ענייננו לגדר של פסק דין לטובת החברה המאפשר פסיקת גמול לתובעים.

34. נימוק נוסף שמובא בבקשה לאישור ההסדר הוא הנימוק הבא: **"סיומם של כל ההליכים המשפטיים יחסוך כספים רבים לדסק"ש עצמה, שכן היא לא תצטרך להשקיע תשומות נוספות... בגין ניהולם... וימנע ממנה נזקים נוספים"** (סעיף 30 לבקשה לאישור ההסדר). אף נימוק זה **אינו מאפשר ואינו מצדיק פסיקת גמול**. אדרבה, מדובר בטענה שההליך אינו לטובת החברה, אלא מזיק לה (לטענתה), ולכן יש לחברה תועלת מדחיית ההליך. ודאי שטענה כזו אינה מביאה את ההסדר המוצע בדבר דחיית בקשת האישור, לגדר של פסק דין לטובת החברה **כנדרש בחוק**. כוונת החוק היא, שתועלת שהניבה הגשת בקשת האישור לחברה תאפשר במקרים המתאימים פסיקת גמול לתובע, **ולא במקרים שבהם בקשת האישור גופה לא הניבה לחברה כל תועלת**, אלא היפוכו של דבר. אם תתקבל טענה, שדי בכך שדחיית בקשת אישור משרתת את טובת החברה כדי להצדיק פסיקת גמול, הרי שהדבר לכאורה יאפשר פסיקת גמול גם במקרים של תביעות סרק (ונתבעים או חברות עשויים להסכים לכך כדי לחסוך את עלויות ההתדיינות), באופן **שעלול לתמרץ הגשת הליכי סרק ואף אינו מתיישב עם תכליות מוסד התביעה הנגזרת ועם הצורך לעודד הגשת הליכים ראויים בלבד**.

35. לאור האמור, משמדובר בענייננו במקרה שבו הוסכם על דחיית בקשת האישור ולא ניתנה טובת הנאה או תועלת כלשהי לחברה, לא מדובר במקרה שבו "פסק בית המשפט לטובת החברה". על כן, בהתאם להוראות המפורשות של החוק, בית המשפט הנכבד לא הוסמך לפסוק גמול לתובעים

²³ ראו לעיל, בסעיף 14 לעמדה זו.

בנסיבות כאלו. לפיכך, הסכמת הצדדים על פסיקת גמול מנוגדת להוראות החוק ולא ניתן לאשרה.

ו. סוגיית שכר הטרחה

36. כפי שנכתב לעיל, הוראת חוק החברות בנוגע לפסיקת שכר טרחה, שונה מהוראתו בנוגע לפסיקת גמול. החוק אינו מתנה פסיקת שכר טרחה בפסיקה לטובת החברה, אלא סעיף 200א לחוק קובע: **"בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את התובע בתביעה הנגזרת; עורך הדין לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט"**. החוק מסמיך את בית המשפט לקבוע את שכר הטרחה שישולם לבא כוחו של התובע, ללא תלות בתוצאת ההליך.
37. על כן, גם בענייננו, למרות שלא ניתן פסק דין לטובת החברה, אין מניעה משפטית, בפסיקת שכר טרחה לבאי הכוח המייצגים, בהיבט הסמכות.
38. גם הפסיקה עמדה על עיקרון זה, לפיו בתי המשפט מוסמכים לפסוק שכר טרחה בתביעה נגזרת, גם כאשר לא ניתן פסק דין לטובת החברה.²⁴
39. עם זאת, בהיבט שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט, הן בהתייחס לשאלת עצם פסיקת שכר טרחה בסיטואציה של דחיית בקשת אישור, והן בהתייחס לשאלת גובה הסכומים (כאשר נמצאה הצדקה לעצם פסיקת שכר טרחה כאמור), ראוי לעמוד על אמות המידה הראויות.
40. בעניין **צרפתי** קבעה השופטת רונן בסעיף 24, שפסיקת שכר טרחה למסתלק מתביעה נגזרת צריכה להיות "בגדר החריג". עוד נקבע שם בסעיף 25: **"מבקש שהסתלק מבקשת אישור עשוי להיות זכאי לגמול ולשכר טרחת באי כוחו כאשר בד בבד עם הסתלקותו הושגה טובת הנאה... לחברה"**. בדומה, קבע כבוד השופט כבוב בעניין **ספיר**, כי פסיקת שכר טרחה כאשר לא ניתן פסק דין לטובת החברה, כגון במסגרת הסתלקות מתביעה נגזרת, תיעשה "במקרים חריגים", ולמשל כאשר בקשת האישור הביאה "לתיקון דרכי החברה" (שם, סעיפים 17-18).²⁵
41. עוד ראו, בדברים שהשמיע בית משפט נכבד זה, ביחס לחשש לפסיקת שכר טרחה בתביעות נגזרות שהינן תביעות סרק, שהנתבעים מסכימים לה, רק כדי לחסוך את עלויות ההתדיינות: **"האפשרות לניהול תביעה נגזרת אינה מובנת מאליה... יש בה סיכונים אפשריים של סחטנות בעלי מניות... יש בה סיכון להגשה נרחבת של תביעות סרק שכל מטרתן לזכות את המגיש (ועורך דינו) בשכר טרחה עקב הנכונות להגיע לפשרה כדי להימנע מהעלויות הכרוכות בניהול ההליך"** (עניין **אפריקה ישראל**, סעיף 12 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג).
42. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שיש להקיש בעניין זה גם מהוראות חוק תובענות ייצוגיות והפסיקה הענפה בענייננו. הפסיקה הקישה בין תובענות ייצוגיות לתביעות נגזרות בהיבטים נרחבים, בשל דמיון וקרבה מהותית בין שני התחומים. אין צורך במסגרת שלפנינו להאריך בכך והדברים ידועים. מצ"ב עמדת היועץ המשפטי לממשלה (דאז) שהוגשה לבית משפט זה בעניין לנואל,²⁶ כנספח א' לעמדה זו, שם עמד בהרחבה על הדברים תוך הבאת אסמכתאות רבות מהפסיקה בעניין (ראו בעיקר בסעיפים 43-47 לעמדה).
43. יוטעם, שבדומה למוסד התובענה הייצוגית, גם במוסד התביעה הנגזרת, עושה המחוקק שימוש במניע הכלכלי של עורכי הדין, על מנת לקדם תכליות ציבוריות. בתביעה הנגזרת מדובר בפיצוי

²⁴ ראה: עניין **ברנדייס**, עמוד 22; עניין **עזיז**, סעיפים 29-30; עניין **ברק**, סעיף 70.

²⁵ כמובא לעיל, לגישתו הדברים נכונים גם ביחס לגמול.

²⁶ ע"א 8550/16 **לנואל נ' מאור**, נבו, 19.3.2018 (להלן: "עניין לנואל").

החברה על נזקיה, באכיפת הדין על בעלי התפקידים בחברה, ובהרתעת נושאי המשרה בחברה מהפרת נורמות ההתנהגות החלות עליהם מכוח הדין, כך שיונהגו בפועל נורמות ראויות (וזאת במיוחד לנוכח בעיית הנציג הכרוכה בכך, שנושאי המשרה בחברה הם גם האחראים על הגשת תביעות בשם החברה ובאופן טבעי יעדיפו לא להגיש תביעה נגד עצמם).

44. כפועל יוצא מכך, וגם זאת בדומה לתובענה ייצוגית, בעניינה של התביעה הנגזרת קיימת "בעיית נציג" מסוג נוסף, לנוכח החשש שתובעים נגזרים ובאי כוחם יעשו שימוש לא ראוי בכלי התביעה הנגזרת, על מנת לנסות ולהפיק רווח מהיר על חשבון החברה, מבלי שקיימת עילה מבוססת לתביעה. על כן, בדומה לתובענה ייצוגית, גם בעניינה של התביעה הנגזרת, נדרש אישור של בית המשפט להגשת התביעה. ראה בעניין זה גם בפסק דין אנטורג²⁷: "נוכח "בעיית הנציג" והחשש לשימוש לרעה בכלי של התביעה הנגזרת... נקט המחוקק בדרך דומה לזו בה נקט לגבי המכשיר של תובענה ייצוגית. גם כאן, "האכיפה הפרטית" במסגרת תביעה נגזרת דורשת בדיקה טרומית מעמיקה של התביעה. הבדיקה נעשית במסגרת הבקשה לאישור התביעה הנגזרת, ובמסגרתה נדרש בית המשפט לבחון אם המבקש אינו פועל בחוסר תום לב, את הסיכוי הלכאורי של התביעה ואם התביעה עשויה לתרום להגדלת ערך החברה".

45. לענייננו כאן, יורחב בנושא שכר הטרחה. בעוד סעיפים 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות מפרטים שיקולים שעל בית המשפט לשקול (בין היתר) בפסיקת שכר טרחה וגמול, חוק החברות מסתפק בעצם הקביעה (בסעיף 200א) שבית המשפט יקבע את שכר הטרחה ואינו מפרט את השיקולים שצריכים להדריך את בית המשפט.²⁸

בית משפט זה כבר פסק, שיש להקיש מהשיקולים והעקרונות הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות ולהחילם גם על פסיקת שכר טרחה בתביעות נגזרות. ראו בעניין לנואל, לעיל, הערה 26:

"מגוון השיקולים הנוגעים לפסיקת שכר טרחה וגמול בתובענות ייצוגיות יפה רובו-ככולו גם לתביעה נגזרת. בבסיס השיקולים עומד, מחד גיסא, הרצון לתמרץ את ה"מנוע" וה"מצית" להגשת התביעה הנגזרת; ומאידך גיסא, החשש להפרזה ולשימוש לרעה בכלי של התביעה הנגזרת בניגוד לטובת החברה. בין השיקולים השונים שבית המשפט נדרש להם בקביעת שכר הטרחה אנו מוצאים את הפרמטרים הבאים: היקף הטרחה; מידת הסיכון; התועלת לחברה; התועלת לחברה בכללותה; החשיבות הציבורית של התובענה; מורכבות ההליך; אופן הייצוג; הפער בין סכום התביעה לתוצאה הסופית; השלב במשפט, ואם המשפט הסתיים בפסק דין או בפשרה...".

ראו גם בפסק דינו של כבוד השופט גרוסקופף (בשבתו בבית המשפט המחוזי) בעניין אוסטרובסקי²⁹: "הבדל נוסף בין עניין רייכרט לבין ענייננו הוא שבאותו מקרה דובר בתובענה ייצוגית, ואילו המקרה שלפני עוסק בתביעה נגזרת. ככלל, איני סבור שהבחנה זו צריכה להשפיע באופן מהותי על מערך השיקולים לפסיקת הגמול ושכר הטרחה. הן בתביעה ייצוגית והן בתביעה נגזרת נפסק שכר טרחה וגמול לטובת יוזמי ההליך בשל תרומתם ליצירת הערך עבור הכלל (קרי, הקבוצה או החברה, לפי

²⁷ רע"א 5296/13 אנטורג נ' שטבינסקי, נבו, 24.12.2013, בסעיף 16 לפסק הדין. ראו בעניין זה גם בעניין אפריקה ישראל, בסעיפים 12-14 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג ובסעיף 15 לפסק דינו של כבוד השופט עמית. עוד ראה: אסף חמדני, רות רונן "מי שולט בתביעה הנגזרת" ספר יורם דנציגר (לימור זר-גוטמן, עידו באום עורכים, 2019), 211, 220.

²⁸ עם זאת, יצוין שבמשרד המשפטים מגובשת טיוטת תקנות שתפרט שיקולים לפסיקת שכר טרחה וגמול בתביעות נגזרות, תוך עשיית שימוש (בהתאמות הנדרשות) בשיקולים שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות.

²⁹ תנ"ג (מרכז) 10466-09-12 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ [פורסם בנבו] (11.2.2018), בסעיף 4ג (להלן: "עניין אוסטרובסקי"). יצוין, שערעור על פסק הדין נדחה על ידי בית משפט זה (ע"א 2587/18 אוסטרובסקי נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, נבו, 20.2.2020).

העניין), וזאת במטרה ליצור מערך תמריצים יעיל המעודד הגשת הליכים אלו במקרים המצדיקים זאת וניהול ההליך באופן מיטבי לטובת הקבוצה או החברה. מטעם זה חשוב לשמור, הן כשמדובר בתביעה ייצוגית והן כשמדובר בתביעה נגזרת על יחס סביר בין הגמול ושכר הטרחה שנפסק, לתועלת המושגת לטובת הקבוצה או החברה, באופן שיתמרץ התנהלות יעילה".

46. על כן ולאור האמור, נראה שגם ביחס לשאלת פסיקת שכר טרחה במקרים שבהם התביעה לא התקבלה, יש מקום להקיש בין התחומים.

באופן כללי, נפסק על ידי בית משפט זה, שיש מקום לפסיקת שכר טרחה בתובענות ייצוגיות, כאשר בקשת האישור (או התובענה) אינה מתקבלת, רק במקרים חריגים.³⁰ חוק תובענות ייצוגיות מתייחס באופן קונקרטי לסוגיית פסיקת שכר טרחה במסגרת הסתלקות מבקשת אישור (או מתביעה). בסעיף 16 לחוק נקבע, שלא תתקבל טובת הנאה בקשר להסתלקות, אלא באישור בית המשפט. עוד נקבע בסעיף כי בהחלטתו האם לאשר טובת הנאה ישקול בית המשפט: "האם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה" (במקרה שבו מדובר בהסתלקות מבקשת אישור שטרם אושרה) וכן יבחן בית המשפט את "התועלת שהביאה הבקשה לאישור או התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה".

47. בית משפט זה עסק בהרחבה בסוגיה בעניין מרקיס. בסעיף 26 לפסק הדין נקבע, כי "הכלל הוא שאין לפסוק גמול ושכר טרחה... במסגרת של הסתלקות... דרך המלך שבה יש לתמרץ ולעודד הגשתן של תובענות ייצוגיות ראויות היא פסיקת גמול ושכר טרחה במקרים שבהם ההליך הייצוגי הוכרע לטובת הקבוצה... עם זאת הסתלקות מתוגמלת היא אפשרית- ואולם מדובר בחריג לכלל ומשכך יש להיעתר לבקשות בנדון רק במקרים מתאימים".

עוד מוטעם שם, שהשיקולים שעל בית המשפט לשקול בהתאם להוראות החוק (קיומה של עילה לכאורה וקיומה של תועלת לקבוצה) נועדו לסייע בידי בית המשפט לוודא, שלא יפסק שכר טרחה לטובת מי שנקט בהליך סרק. בפסק הדין מודגש, שתנאי לפסיקת שכר טרחה בהסתלקות הוא קיומה של "תועלת ממשיית ורלבנטית לחברי הקבוצה" (שם), ו-"לא כל תועלת שצמחה אגב הסתלקות ראוי שתזכה בפסיקת גמול ושכר טרחה" (סעיף 27).

עוד מוטעם בפסק הדין כי "הכרעה בבקשת הסתלקות מתוגמלת מחייבת את בית המשפט לשקול גם "שיקולי רוחב"- ובפרט את הסכנות הגלומות בהסתלקות מתוגמלת למוסד התובענה הייצוגית ולציבור בכללותו... גמול ושכר טרחה הם מהכלים החשובים והמשפיעים המסורים בידי בית משפט בעולם התובענות הייצוגיות ויש אפוא לעשות בהם שימוש מושכל לשם התוויית מדיניות ראויה בהגשה וניהול של הליכים ייצוגיים" (שם). עוד עומד בית המשפט על בעיית הנציג הנובעת מכך, שלרוב, בקשות להסתלקות מתוגמלת מוגשות בהסכמה, ועל כן "בית המשפט מצווה לשקול את אינטרס הקבוצה והציבור הרחב שקולם לא נשמע בהליך. יש לנקוט אפוא משנה זהירות באישורם של הסדרים אלה" (שם).

במיוחד מודגש בפסק הדין, החשש מעידוד הגשת תביעות סרק על ידי הסתלקויות מתוגמלות במקרים שאינם מצדיקים תגמול. תביעות אלו "מביאות לזילות מוסד התובענה הייצוגית", מעמיסות על המערכת השיפוטית ואף מביאות לגלגול עלויות על ידי הנתבעים על הציבור הרחב (סעיף 22). מצד שני, מוטעם גם החשש מהסתלקות מתביעה טובה כדי לגרוף רווח מהיר לכיסם של המייצגים (שם).

ועוד ראו בעניין גבעת עמל³¹ שם חזר ועמד בית משפט זה לאחרונה על "אמות המידה המצומצמות

³⁰ ראו למשל: ע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל, נבו, 27.12.2010, בסעיף 24.

³¹ ע"א 3283/21 עיריית תל אביב נ' תנועת אומ"ץ, נבו, 3.4.2022, סעיף 20.

- שהותו בהלכה הפסוקה בכל הנוגע לפסיקת גמול ושכר טרחה בעת הסתלקות מהליך ייצוגי, ועל כך ש"הכרעה בבקשת הסתלקות מתוגמלת מחייבת את בית המשפט לשקול גם שיקולי רוחב".
48. ראוי להקיש מדברים אלה ולהחילם גם על תביעות נגזרות, שמסתיימות בתוצאה של דחיית בקשת האישור או התביעה או הסתלקות מהן. גם בהליכים אלה, ראוי לקבוע, שדרך המלך היא שלא ייפסק שכר טרחה למייצגים, כאשר ההליך שהוגש בשם החברה לא הסתיים בפסק דין לטובת החברה (לגוף ההליך או במסגרת הסדר פשרה). עם זאת, יהיה מקום, כחריג, לפסוק שכר טרחה גם כאשר התביעה נדחתה או הסתיימה בהסתלקות, אך זאת בעיקר כאשר החברה הפיקה מההליך "תועלת ממשית ורלבנטית" כפי שנקבע בעניין מרקיס, ביחס לתובענות ייצוגיות. נראה, שהתכליות והנימוקים שפורטו בעניין מרקיס יפים, ככלל, גם לתביעות נגזרות. גם בהליכים אלה חשוב שלא לתמרץ הגשת תביעות סרק הפוגעות במוסד התביעה הנגזרת; פוגעות במערכת התמריצים לעידוד הגשת הליכים ראויים שיקדמו את האינטרסים הציבוריים בדמות הרתעת נושאי משרה בחברות מהפרת הדין וקידום ממשל תאגידי ראוי; ופוגעות גם בחברות עצמן. גם בהליכים אלה, על בתי המשפט "לשקול גם שיקולי רוחב" (מעבר לאינטרסים הצרים של הצדדים להליכים הקונקרטיים) – שיקולים הנוגעים לאינטרסים הציבוריים, להתוויית מדיניות ראויה, ולעיצוב אופיו של מוסד התביעה הנגזרת.
49. עוד חשוב לשמור על העיקרון ששכר הטרחה הוא האמצעי, ואילו מתן פיצוי לחברה והשגת היעדים הציבוריים הם תכלית הליך התביעה הנגזרת. חשוב לא להפר את היחס בין האמצעי לתכלית ולא "להפוך את היוצרות".³²
50. ראו בעניין זה גם בפסק דינה של כבוד השופטת רונן בעניין צרפתי, בסעיפים 24-25, שהקישו מהלכת מרקיס, לפסיקת שכר טרחה בתביעה נגזרת שהסתיימה בהסתלקות וקבעה, שפסיקת שכר טרחה במסגרת הסתלקות צריכה להיות חריג השמור למקרים שבהם הושגה טובת הנאה לחברה.³³

11. סוגיית שכר הטרחה – מהכלל אל הפרט

51. במקרה שלפנינו מדובר בהסכמה על דחיית בקשת האישור תוך וויתור של המבקשים והחברה על כל טענותיהם. במובן זה מדובר בתוצאה אף מרחיקת לכת יותר מזו של הסדר הסתלקות, שאינו יוצר מעשה בית דין,³⁴ ואם בהסדר הסתלקות נקבע (ביחס לתובענות ייצוגיות) שיש לבחון בקשות להסתלקות מתוגמלת ב-"משנה זהירות" (עניין מרקיס, סעיף 27), קל וחומר שכך הוא במקרה של דחיית תביעה המקימה מעשה בית דין, באופן אשר סותם את הגולל על האפשרות של בעל מניות אחר לתבוע בעילה זו ולהביא לחברה תועלת מכוחה.³⁵ על כן, הקושי במתן תגמול כספי למייצגים בנסיבות כאלו בהן הוא עלול לעודד סיום הליכי תביעות נגזרות בדרך מעין זו, הוא מובהק אף יותר.
52. כאמור לעיל (ראה לעיל, סעיפים 31-35 לעמדה זו), ההסדר וההליך לא הניבו תועלת כלשהי לחברה. כפי שכבר הוסבר (שם), התועלת לנושי אי.די.בי. משחרור הכספים שמעוכבים בקופת הפירוק אינה תועלת לחברה (דסק"ש) ואף אינה תועלת שצמחה מהגשת ההליך אלא דווקא מדחייתו. על כן, תועלת זו אינה רלבנטית לסוגיית פסיקת שכר טרחה לבאי כוח של תובעים בתביעה נגזרת. גם התועלת הנטענת לחברה, מדחיית בקשת האישור שלטענתה גורמת לה לנזקים (ובלי להביע כל

³² ראו והשוו: ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרייגר [פורסם בנבו] (4.9.2014), בסעיף א' לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין.

³³ כאמור לעיל, לגישתו של פסק דין צרפתי, הדברים נכונים גם ביחס לגמול.

³⁴ ראה עניין מרקיס, סעיף 22.

³⁵ אמנם, בענייננו, לכאורה ועל פני הדברים כבר חלה התיישנות על האירועים שבהם עוסקת בקשת האישור, כך שההבדל בין הסתלקות לדחייה אינו גדול. אולם הדברים למעלה אמורים מנקודת המבט העקרונית והכללית.

עמדה לגוף הטענה) אינה רלבנטית לפסיקת שכר טרחה, כמוסבר לעיל, שהרי לשם הצדקת פסיקת שכר טרחה נדרש שההליך יניב תועלת לחברה ולא דחייתו, שאם לא כן ולפי ההיגיון של טענה זו, גם תביעת סרק תצדיק לכאורה שכר טרחה (ובלי להביע עמדה לגבי עילת התביעה בענייננו).

53. לעומת זאת, טענות המייצגים על המשאבים הרבים, בשתי ערכאות, שהושקעו במשך שנים לא מעטות בהליך על ידי המייצגים והטענות על מורכבות ההליך הן טענות רלבנטיות לסוגיית שכר הטרחה. כפי שנקבע בעניין לנואל, אכן "היקף הטרחה" ו-"מורכבות ההליך", מנויים בין "הפרמטרים", "שבית המשפט נדרש להם בקביעת שכר הטרחה" בתביעה נגזרת. ניתן לתת משקל גם לטענת הצדדים (ראה לעיל, סעיף 32 לעמדה זו), שנוצרו בעת האחרונה נסיבות חדשות שלא היו קיימות בזמן הגשת בקשת האישור ולא היו בשליטתם של המייצגים, שהשפיעו על סיכויי ההליך (ובלי להביע עמדה לגוף הטענות).

54. במכלול נסיבות העניין, היועצת המשפטית לממשלה אינה מתנגדת לפסיקת שכר טרחה לבאי כוח המייצגים, ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שיש לכך מקום.

55. עם זאת, היא סבורה כי הסכומים שעליהם הסכימו הצדדים אינם סבירים בנסיבות העניין, כפי שיפורט להלן.

כאמור לעיל, הצדדים הסכימו על תשלום שכר טרחה בסך כולל של 1.2 מיליון ש"ח+מע"מ (כ- 600,000 ש"ח+מע"מ לכל אחד מבאי הכוח המייצגים).

גם במקרים שבהם בית המשפט מוצא כי מדובר במקרה חריג המצדיק פסיקת שכר טרחה חרף דחיית התביעה, מובן, שיש לשאלת מידת התועלת של החברה מההליך וכן לשאלת קיומה של עילה לכאורה השפעה רבה על גובה הסכומים שייפסקו. כפי שנפסק בעניין מריקט בפסק דינו של כבוד השופט סולברג (אליו הצטרף כבוד השופט עמית): "סעיף 16 לחוק... מציין שני שיקולים שעל פיהם יכריע בית המשפט בבקשת תובע מייצג או בא כוח מייצג, אם לאשר קבלת טובת הנאה... קרי הסתלקות מתוגמלת: (א) קיומה של עילת תביעה לכאורה; (ב) תועלת לחברי הקבוצה. שני השיקולים הללו יפים... גם לגבי החלטת בית המשפט... לקבוע את שכר הטרחה... ואף ביתר שאת: כעקרון ראויים שני השיקולים הללו שבסעיף 16 למשקל רב יותר בהקשר הנדון מן השיקולים שבסעיפים 22 ו-23".

כן ראו בעניין אוסטרובסקי, בסעיף 44 לפסק הדין:

"חשוב לשמור, הן כשמדובר בתביעה ייצוגית והן כשמדובר בתביעה נגזרת על יחס סביר בין הגמול ושכר הטרחה שנפסק, לתועלת המושגת לטובת הקבוצה או החברה, באופן שיתמרץ התנהלות יעילה".

56. במקרה שלפנינו, היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי פסיקת שכר טרחה בסכום כולל של 1.2 מיליון ש"ח, כאשר החברה לא הפיקה תועלת כלשהי מההליך, אינה סבירה ואינה מתיישבת עם תכליות מוסד התביעה הנגזרת. אף יש בה כדי "להפוך את היוצרות" בין האמצעי (שכר הטרחה) לתכלית (תועלת החברה והשגת היעדים הציבוריים). כאמור לעיל, על בית המשפט לתת ביטוי גם לשיקולי רוחב בפסיקת שכר טרחה בתביעות נגזרות, וגם מהיבט זה, פסיקת שכר טרחה כה גבוה, כשהחברה אינה מקבלת תועלת כלשהי מההליך, אינה מקדמת הכוונה ציבורית ראויה מנקודת מבט של הליכים עתידיים ואינה מתיישבת כראוי עם צביונו ההולם של מוסד התביעה הנגזרת.

57. מסקנה זו מתחזקת, גם מהשוואה למקרים אחרים שבהם נדונה שאלת פסיקת שכר טרחה, בנסיבות שבהן התביעה הנגזרת לא התקבלה. כך, לדוגמא, בעניין ברק, נדון מקרה שבו במסגרת הסדר פשרה בבקשה לגילוי מסמכים, הוסכם על שיפור נהלי העבודה העתידיים של בנק, באופן שעשוי למנוע

נזקים עתידיים³⁶ וזאת ללא קבלת התביעה וללא מתן פיצוי לבנק. בשל התועלת לבנק בשיפור הנהלים לעתיד, נפסק לבא כוח התובע הנגזר שם שכר טרחה בסך של 300,000 ש"ח+מע"מ (כאמור לעיל, לא נפסק גמול). גם דוגמא זו ממחישה עד כמה שכר הטרחה המוצע בענייננו (הגבוה פי 4!) משכר הטרחה שנפסק בעניין ברק), במקרה שבו החברה לא הפיקה כל תועלת מההליך (בשונה מעניין ברק), אינו הולם את נסיבות המקרה.³⁷

58. ניתן לבחון את המקרה שלפנינו גם בשים לב לפסק דינו של בית משפט זה בעניין רייכרט.³⁸ בעניין רייכרט נקבע, שככלל, שכר טרחה בתובענות ייצוגיות שבהן ניתן סעד כספי ייקבע בשיטת האחוזים. נקבע, ששיעור האחוזים שייפסק "יושפע הן מנסיבותיו הספציפיות של ההליך, הן מהאופן בו הסתיים ההליך והן מגובה הסכום שנפסק" (שם, סעיף 11). במקרה הקונקרטי שנדון בעניין רייכרט נפסק שיעור שכר טרחה של 25 אחוזים (באופן מדורג) על סכומי פיצויים לקבוצה שעד 5 מיליון ש"ח ושיעורים נמוכים יותר (באופן מדורג) על סכומי פיצויים גבוהים יותר לקבוצה.³⁹ עם זאת, הודגש, ששיעורים אלה, אינם יפים לכל מקרה היות ו-"המקרה דנא הינו מקרה מיוחד מבחינות שונות ועל כן יהיה קשה להסיק ממנו לגבי מקרים אחרים", תוך שצוינה "מורכבותו הייחודית של ההליך" (שם, סעיף 16). עוד הוטעם, שמדובר בהליכים שהתנהלו 16 שנים, ובתובענה ייצוגית שנוהלה עד תומה בכמה ערכאות, כאשר בכל השלבים הדיוניים זכה התובע המייצג בדין (שם, סעיף 12).

אם נבחן את המקרה שלפנינו לאור האמור,⁴⁰ הרי שלפי המדרגה הגבוהה ביותר שנקבעה בעניין רייכרט,⁴¹ גובה שכר הטרחה שמציעים הצדדים שלפנינו, הולם פיצוי לחברה בסך של 5 מיליון ש"ח (25 אחוזים מפיצוי של 5 מיליון ש"ח מביא לשכר טרחה בסך של 1.25 מיליון ש"ח. כמובן, לפי מדרגות אחוזים נמוכות יותר ההולמות מקרים פחות ייחודיים מעניין רייכרט, שיעור שכר הטרחה שמציעים הצדדים בענייננו, הולם אף פיצוי גבוה יותר לחברה). משכך, אף בחינת ענייננו בשים לב לעניין רייכרט, מלמדת עד כמה שיעור שכר הטרחה שמציעים הצדדים אינו הולם את נסיבות העניין, שבהן לא ניתן לחברה כל פיצוי והיא אף לא הפיקה תועלת כלשהי מההליך.

59. על כן, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, אף אם בית המשפט הנכבד יסבור שיש מקום בנסיבות העניין לפסיקת שכר טרחה, הרי שהסכומים שהוסכמו על ידי הצדדים אינם סבירים.

³⁶ מדובר היה בנהלים שעשויים להקטין את הסיכון, שהבנק ייתן אשראי ללקוח שלא יוכל בבוא העת להשיבו לבנק (ראה סעיף 55 לפסק הדין שם).

³⁷ עוד ראה והשווה לעניין ספיר, בסעיף 18 לפסק דינו של כבוד השופט כבוב, שם לא נפסקו שכר טרחה וגמול כלל במקרה שהתביעה הנגזרת לא התקבלה, ושעה שנקבע שהחברה לא הפיקה תועלת שמיוחסת לבקשת האישור שם. כך גם בדומה, בעניין ברנדייס לא נפסקו שכר טרחה וגמול כלל, למרות שבא כח המבקש שם הקדיש "שעות עבודה ניכרות" להליך (עמוד 23 לפסק הדין), וזאת מהטעם שבקשת האישור לא תרמה לשינוי מדיניות כלשהו (שם, עמוד 26).

³⁸ ע"א 2046/10 שמשי נ' רייכרט פ"ד סה(2) 681 (2012) (להלן: "עניין רייכרט").

³⁹ נפסק שם שיעור שכר טרחה של 20 אחוזים (באופן מדורג) על סכומי פיצויים לקבוצה שבין 5 מיליון ש"ח ל-10 מיליון ש"ח; שיעור שכר טרחה של 15 אחוזים (באופן מדורג) על סכומי פיצויים לקבוצה העולים על 10 מיליון ש"ח (ראה בסעיף 16 לפסק הדין). עוד ראה בעניין אוסטרובסקי, שם נקבע ביחס למקרה שבו החברה קיבלה פיצוי גבוה יותר מהפיצוי שקיבלה הקבוצה בעניין רייכרט, שיש להוסיף מדרגות אחוזים נוספות (ההולכות ופוחות באופן מדורג). במקרה שם נקבע, שהשיעור של 15 אחוזים יחול על פיצויי לחברה עד סך של 30 מיליון ש"ח; על פיצויים בסך של 30-60 מיליון ש"ח ייפסק שכר טרחה בשיעור של 12 אחוזים, ועל פיצויים מעל 60 מיליון ש"ח ייפסק שכר טרחה בשיעור של 10 אחוזים. אף שם הודגש, שמדובר בשיעורים גבוהים הנובעים מכך, שמדובר היה ב- "הליך מורכב", "שדרש מהם יצירתיות, נטילת סיכונים והשקעת משאבים" (ראו בסעיפים 4ב, 4ד לפסק הדין).

⁴⁰ אמנם פסק דין רייכרט עסק בתובענה ייצוגית, אולם, כבר נקבע בעניין אוסטרובסקי (בסעיף 4ג לפסק הדין), שהעקרונות שנקבעו בעניין רייכרט, יפים, ככלל, גם לתביעות נגזרות.

⁴¹ שהייתה כשלעצמה בשיעור גבוה, שנבע מנסיבות ייחודיות וחריגות של ההליכים בעניין רייכרט, שאינו מתאים להליכים אחרים, השונים בנסיבותיהם.

ז. סמכותו הבלעדית של בית המשפט להכריע בסוגיית שכר הטרחה והגמול

60. בסעיף 200א לחוק נקבע, שפסיקת שכר טרחה בתביעה נגזרת היא סמכות בלעדית של בית המשפט: "בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של עורך הדין שייצג את התובע בתביעה הנגזרת; עורך הדין לא יקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט". כך גם לגבי פסיקת הגמול (סעיף 201 לחוק). גם במסגרת הסדר פשרה, בסעיף 202(א) לחוק נקבע, שתובע לא יעשה הסדר פשרה עם נתבע "אלא באישור בית המשפט", ו-"בבקשה לאישור יפורטו כל פרטי ההסדר או הפשרה לרבות כל תמורה המוצעת לתובע".

61. עוד ראו והשוו לפסיקת בית משפט זה ביחס לסמכותו הבלעדית של בית המשפט לפסוק שכר טרחה וגמול בהליכים ייצוגיים (לרבות במסגרת הסדרי פשרה) והדברים יפים גם לתביעות נגזרות: "תפקידו של בית המשפט כגורם הקובע את שכר הטרחה של עורך הדין בהליך הייצוגי, הינו תפקיד ייחודי מבחינת שקילת מכלול האינטרסים העומדים על הפרק. זאת, שכן לבעלי הדין עצמם בהליך הייצוגי אין אינטרס ממשי להתנגד לדרישת שכר הטרחה שמציג עורך הדין... לפיכך, בית המשפט הינו הגורם המפקח באופן בלעדי על שכר הטרחה".⁴²

"מאחר שעסקינן בהליך הנוגע לתובענה ייצוגית, אין ליתן משקל רב מידי להסכמתם של בעלי הדין. על בית המשפט להתחשב בשיקולים ציבוריים, החורגים מעניינם של בעלי הדין הקונקרטיים... ניתן לעשות כן על דרך סירוב לפסוק גמול ושכר טרחה על אף מה שהוסכם, ובוודאי שקיימת אף החלופה של הקטנתם של הסכומים המוסכמים. בכך, בין היתר, נבדל הליך אזרחי ייצוגי, מהליך אזרחי רגיל".⁴³

ולאחרונה, ראו בעניין פיינטוך:⁴⁴

"לבית המשפט תפקיד מכריע כמי שקובע את הגמול ושכר הטרחה בהליכים ייצוגיים... הגמול ושכר הטרחה הם אחד הכלים המרכזיים המשמשים את בית המשפט להכוונת שימוש יעיל וראוי בתובענה ייצוגית... משכך, הסכמות הצדדים בנוגע לגמול ושכר טרחה הם בגדר המלצה בלבד והפוסק האחרון הוא לעולם בית המשפט".

62. גם בשים לב לעקרונות אלו, אין מקום שבית המשפט הנכבד יאמץ את הסכמת הצדדים בענייננו בסוגיית שכר הטרחה והגמול, באשר זו אינה מתיישבת עם הוראות הדין, תכליות החוק והשיקולים הרלבנטיים, הנוגעים לתכליות מוסד התובענה הנגזרת. על בית המשפט הנכבד לפסוק בסוגיית שכר הטרחה והגמול בהתאם לסמכותו ושיקול דעתו, בשים לב לשיקולים הציבוריים הרחבים הנבדלים מהאינטרסים של הצדדים וכמובן בהתאם להוראות החוק.

ח. האם התוצאה צריכה להוביל לדחיית הסדר הפשרה?

63. ככל שתתקבל עמדת היועצת המשפטית לממשלה, ובית המשפט הנכבד לא יאמץ את הסכמת הצדדים בסוגיית שכר הטרחה והגמול, האם משמעות הדבר היא, שעל בית המשפט לדחות את הסדר הפשרה בכללותו? היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שאין הדבר כך.

64. אמנם, ככלל, כאשר בית המשפט רואה שלא לאשר רכיב כלשהו בהסדר פשרה אין הוא מוסמך לכפות על צדדים להתקשר בפשרה שאינם מסכימים לה. סמכותו של בית המשפט מוגבלת לקביעה, שכל עוד הסדר הפשרה לא יתוקן באופן שעליו הוא מורה הוא לא יאשר את ההסדר. ראו והשוו

⁴² עניין רייכרט, סעיף 10.

⁴³ ע"א 3640/13 ארגס נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ, נבו, 2014, בסעיף 3 לפסק הדין.

⁴⁴ ע"א 7593/21 פיינטוך נ' אלוניאל בע"מ, נבו, 9.6.2022, סעיף 7 (להלן: "עניין פיינטוך").

להוראות סעיף 19(ד)(1) לחוק תובענות ייצוגיות בו נקבע, שאם בית המשפט סבור שיש צורך לקבוע תנאים בהסדר הדרושים להגנה על עניינם של חברי הקבוצה יודיע לצדדים כי מתן אישורו להסדר מותנה בהסכמתם לאותם תנאים. ודוק: אם הצדדים לא יסכימו לתנאים הללו בית המשפט מוסמך לדחות את ההסדר, אך הוא אינו מוסמך לכפות על הצדדים הסדר שאינם מעוניינים בו. בית משפט זה עמד על הדברים בעניין **ברגר**:⁴⁵ **"חרף התפקיד המשמעותי שנתון לבית המשפט בכל הנוגע לאישור הסדר פשרה, מן הראוי לחדד כי ככלל בית משפט לא ישנה מן ההסדרים שאליהם הגיעו הצדדים, בלא לקבל את הסכמתם לכך"**.

65. אלא, שסוגיית שכר הטרחה והגמול היא חריג לעניין זה. כאמור לעיל, סוגיית שכר הטרחה והגמול נתונה לשיקול דעתו הבלעדי של בית המשפט, כפי שנקבע בהוראות המפורשות של חוק החברות, ואינה נתונה מלכתחילה להסכמת הצדדים. הללו אמנם יכולים להמליץ לבית המשפט בעניין, אך "הפוסק האחרון הוא לעולם בית המשפט" (ראו והשוו: עניין פיינטוך). על כן, בסוגיית שכר הטרחה והגמול, **בית המשפט מוסמך לדחות את המלצת הצדדים והצדדים אינם רשאים להתנות את תוקפו של הסכם פשרה בתביעה נגזרת או בתובענה ייצוגית, בקבלת המלצתם**.

66. ראו והשוו להוראות סעיף 18(ז)(2) לחוק תובענות ייצוגיות בו נקבע: "הסדר פשרה לא יכלול... הוראה בדבר תשלום גמול למבקש או לתובע מייצג או שכר טרחה לבא כח מייצג ואולם הצדדים רשאים להגיש לבית המשפט המלצה מוסכמת". ראו גם בסעיף 19(ו) לחוק שם הקובע כי בית המשפט "רשאי להתחשב בהמלצה מוסכמת שהוגשה לו על ידי הצדדים".

כלומר, קביעת שכר הטרחה והגמול אינה יכולה להיות חלק מהסדר פשרה וממילא, הצדדים אינם רשאים להתנות את הסכמתם להסדר, בקבלת המלצתם בסוגיית שכר הטרחה והגמול.

67. נראה, על פני הדברים, כי ראוי להקיש מדברים אלה ולהחילם גם על תביעות נגזרות. הדברים מתיישבים היטב עם הוראות חוק החברות שקובעות מפורשות, שפסיקת שכר הטרחה והגמול נתונה לסמכותו הבלעדית של בית המשפט, כאמור.

הדברים גם תואמים את ה-"פרקטיקה" לפיה במקרים שבהם בתי המשפט לא מאמצים המלצות של צדדים להסדרי פשרה בתביעות נגזרות בסוגיית שכר הטרחה והגמול, הפשרה מחייבת את הצדדים ומיושמת על ידם ואין בדחיית המלצתם בסוגיית שכר הטרחה והגמול כדי לגרוע מכך.

68. עוד ראו והשוו לעניין קווי אשראי לישראל,⁴⁶ שם נקבע, שלא ניתן להגיש לבית המשפט הסדר פשרה (בהליך אזרחי רגיל) שכניסתו לתוקף מותנית בכך, שבית המשפט יקבל בקשה להחזר אגרה בהליך: **"הגם שהסדר פשרה מותנה אינו שולל באופן מלא את שיקול דעת בית המשפט, הרי שהוא מכביד עליו, ומצמצם אותו עד מאד, שכן להחלטה שלא לאשר החזר מלא מוצמד תג מחיר משמעותי"** (סעיף 18 לפסק הדין). וכן: **"מבחינת מראית פני הדברים, הסדר פשרה מותנה הופך את בית המשפט לחלק מהסדר הפשרה, ועלול ליצור את הרושם לפיו על מנת שהפשרה תצא מהכוח אל הפועל, בית המשפט נדרש לרדת לזירה, ו"לתרום את חלקו" – לכך לא ניתן כמובן להסכים"** (שם). עוד מוטעם, שמתן לגיטימציה להסדרים מותנים שכאלה עלולה להפוך את שיקול הדעת השיפוטי "לאות מתה", והדבר מביא ל-"פגיעה בסמכויותיו ובמעמדו של בית המשפט ולא ניתן להסכים לה" (שם, סעיף 19). על כן, נפסק: **"הסכם פשרה מותנה הוא אם כך הסדר בלתי ראוי, שאין מקום להגשתו ושבית המשפט אינו רשאי לאמצו. בלשון משפטית המדובר בהסכם הנוגד את תקנת הציבור... מכאן, שכאשר מוגש הסכם כזה אין מנוס מהעמדת הצדדים בפני הברירה בין משיכת**

⁴⁵ ע"מ 933/19 ברגר נ' עיריית חיפה, נבו, 17.11.2020, בסעיף 3.

⁴⁶ ע"א 5120/16 מדינת ישראל נ' קווי אשראי לישראל, נבו, 4.2.2019 (להלן: "עניין קווי אשראי לישראל").

- הבקשה לאישור הסדר הפרשה המותנה, לבין ויתור על ההתניה** (שם, סעיף 20).
- יש להקיש מהדברים לענייננו.** גם פסיקת שכר טרחה וגמול בתביעות נגזרות (בדומה לקבלת בקשה להחזר אגרה) **נתונה לשיקול דעתו הבלעדי של בית המשפט**. גם בעניין זה, מתן אפשרות לצדדים להתנות את כניסתו של הסדר פשרה לתוקף, בקבלת המלצתם בסוגיית שכר הטרחה והגמול, **פוגעת בסמכות בית המשפט** ובשיקול דעתו המלא והחופשי בסוגיה, כמו גם במעמד בית המשפט בהליך. גם בעניין זה, הסדר פשרה מותנה כאמור הוא **הסדר בלתי ראוי**.
69. בענייננו, הצדדים לא קבעו מפורשות בהסדר, שהוא מותנה באישור הסכמתם בסוגיית שכר הטרחה והגמול. מצד שני, ההסכמה בסוגיית שכר הטרחה והגמול הוצגה בהסדר, כחלק מובנה ממנו, ולא כהמלצה גרידא. מכל מקום, בהתאם לאמור לעיל, **בית המשפט מוסמך לאשר את יתור רכיבי ההסדר** (ובכלל זה את דחיית התביעה במסגרתו) ככל שיראה לנכון לעשות כן, אף אם לא יאמץ את הסכמת הצדדים בסוגיית שכר הטרחה והגמול.
70. עם זאת, ייתכן, שלמען הבהרת הדברים,⁴⁷ נכון יהיה להבהיר לצדדים (ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שיש מקום לכך), טרם ההכרעה בבקשה לאישור ההסדר, **שהבקשה לאישור ההסדר לא יכולה להיות מותנית באישור הסכמת הצדדים בסוגיית שכר הטרחה והגמול**, כך שקיימת אפשרות, שההסכמה על דחיית התביעה תאושר (ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שיש מקום לכך), אך הסכמת הצדדים בסוגיית שכר הטרחה והגמול לא תאושר. זאת, באופן שיאפשר לצדדים לבחור, האם הם מבקשים למשוך את הבקשה לאישור ההסדר, או שהם עומדים על הבקשה (בדומה לקביעת בית המשפט הנכבד בעניין **קווי אשראי לישראל**).
71. **סיכום הדברים**: לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, לא ניתן בנסיבות העניין לפסוק גמול לתובעים, בהיעדר סמכות לכך בדין; בכל הנוגע לשכר טרחת באי כוחם, גובה הסכומים שהתבקשו אינו סביר. זאת, מבלי להתנגד להסכמת הצדדים על דחיית בקשת האישור. יצוין, כי בית המשפט הנכבד מוסמך לאשר הסכמה זו (ככל שיראה לנכון לעשות כן), אף אם ידחה את הסכמת הצדדים בסוגיית שכר הטרחה והגמול.



יואב שחם, עו"ד
המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה

היום: י"ב אלול ה'תשפ"ב; 8.9.2022

⁴⁷ בהינתן, שהחברה לא מקבלת דבר במסגרת ההסדר וההסכמה בסוגיית שכר הטרחה והגמול מוצגת, כאמור, כחלק מובנה מההסדר גופו ולא כהמלצה גרידא. זאת ועוד: מהבקשה לאישור ההסדר ומפרוטוקול הדיון אף עולה, לכאורה, שההסכמה של המבקשים לדחיית בקשת האישור נבעה בין היתר, מההסכמה בסוגיית שכר הטרחה והגמול.