

**1. רמי אוסטרובסקי**

**2. יניב אוזנה**

ע"י ב"כ עו"ד רוני עדיני

משרד רוני עדיני ושות', עורכי דין

מרח' כנרת 5, ב.ס.ר. 3 קומה 31, בני ברק 5126237

טל': 03-6139696 ; פקס': 03-6139697

וע"י ב"כ עו"ד רם דקל

ממשרד רם דקל, עורכי דין

משרד' רוטשילד 22, תל אביב, 6688218

טל': 03-7549999 ; פקס': 03-7549998

**המערערים**

-נגד-

**1. חברת השקעות דיסקונט בע"מ**

ע"י ב"כ עוה"ד אביתר קנולר או יריב שי ישינובסקי או ליאור בן-יוסף לוי

ממשרד קנולר ושות', עורכי דין

מרח' לינקולן 20, תל אביב, 67143414

טל': 03-7611611 ; פקס': 03-7611655

**2. היועץ המשפטי לממשלה**

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה

מרח' קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים

ירושלים, 9777605

טל': 0733-929630 ; פקס': 02-6467038

**המשיבים**

**סיכום טענות היועץ המשפטי לממשלה**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מוגש בזאת סיכום טענות היועץ המשפטי לממשלה.

## א. פתח דבר

1. הערעורים שבכותרת עוסקים בשאלת **פסיקת שכר הטרחה והגמול** בתביעה הנגזרת שלפנינו ומעלים לדיון **כמה סוגיות עקרוניות בפסיקת שכר טרחה וגמול בתביעות נגזרות וייצוגיות**.

התביעה הנגזרת עסקה בהחלטת הדירקטוריון של חברת השקעות דיסקונט בע"מ, המשיבה 1 (להלן: "**החברה**"), מיום 24.3.2011, לאשר את הצעת בעל השליטה בחברה דאז, מר נוחי דנקנר, להתקשר בעסקה לרכישת השליטה בחברת מעריב החזקות בע"מ (להלן: "**מעריב**"), וכן בהשקעות של החברה במעריב לאחר מכן, בסך של כ-360 מיליון ש"ח. בתביעה נטען, שההחלטות שהתקבלו בנדון התקבלו באופן רשלני ופזיז באופן המקים לדירקטורים שקיבלו את ההחלטות, אחריות כלפי החברה בגין ההפסד שנגרם לה. הגשת התביעה הנגזרת אושרה בהחלטה שיפוטית מפורטת<sup>1</sup> ולאחר מכן אושר הסכם פשרה בתביעה שקבע פיצויים לחברה בסך של 100 מיליון ש"ח.<sup>2</sup> לאחר אישור הסדר הפשרה הצדדים טענו בסוגיית שכר הטרחה והגמול ובית משפט קמא הכריע בעניין. בכך עניינם של הערעורים שבכותרת.

2. התובעים הנגזרים ובאי כוחם טענו לפני בית משפט קמא, שיש לפסוק גמול בשיעור של 6.25% מסכום הפיצוי לחברה של 100 מיליון ש"ח (כלומר, 6,250,000 ש"ח לגמול) ויש לפסוק שכר טרחה בשיעור של 25% מסכום הפשרה בתוספת מע"מ (סך של 25 מיליון ש"ח + מע"מ לשכר טרחה), כלומר, לשיטתם, יש לפסוק למעלה מ-31 מיליון ש"ח, סך הכל. מנגד, החברה טענה, שיש לפסוק שכר טרחה וגמול בשיעור של 7 אחוזים מסכום הפיצוי לקבוצה (כלומר שכר טרחה וגמול יחדיו בסך כולל של 7 מיליון ש"ח).<sup>3</sup> היועץ המשפטי לממשלה לא הגיש עמדה בסוגיית שכר הטרחה והגמול. עם זאת, יצוין, שבעמדה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה לבית משפט קמא,<sup>4</sup> ביחס להסדר הפשרה שהוגש לאישורו (ולא כלל הסכמה בסוגיית שכר הטרחה) נאמר בסעיף 18: "**ישנה חשיבות מעשית גם לקביעת גמול ושכר טרחה ראויים לתובעים הנגזרים ובאי כוחם, שיביאו בחשבון את המשאבים והמאמצים שהושקעו על ידם בניהול ההליך. זאת על מנת שלא ייפגע מערך התמריצים של בעלי המניות להגיש הליכים נגזרים בעתיד**".

יודגש, שמדובר היה באמירה כללית, שלא הביעה עמדה בשאלת שיעור שכר הטרחה והגמול הראוי בנסיבות.

3. בפסק הדין מושא הערעורים שבכותרת, נפסקו שכר טרחה וגמול בסכום כולל של 11.43 מיליון ש"ח, בתוספת מע"מ.
4. המערערים (התובעים הנגזרים ובאי כוחם, להלן, למען הבהירות: "**התובעים**") והמערערת שכנגד (החברה) טוענים כנגד הסכומים שנפסקו. אלה טוענים שיש להעלותם וזאת טוענת שיש להפחיתם.
5. היועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה האופרטיבית בערעורים, ביחס לסכומי שכר הטרחה והגמול המדויקים, שיש לפסוק במקרה הקונקרטי. עם זאת, הערעורים מעלים לדיון כמה שאלות משפטיות עקרוניות עם השלכות רוחב. היועץ המשפטי לממשלה יציג להלן את עמדתו בשאלות אלה.

<sup>1</sup> ראו בהרחבה בהחלטת כב' השופט גרוסקופף מיום 9.8.2015, שאישרה את הגשת התביעה הנגזרת שבנדון (מוצג 3 למוצגי החברה).

<sup>2</sup> החלטה מיום 4.1.2018 (מוצג 5 למוצגי החברה).

<sup>3</sup> החברה גם טענה, שיש להוריד מסכום זה סך מסוים, לפי שיקול דעת בית המשפט, בגין התנהלות באי כוח התובעים בהליך.

<sup>4</sup> העמדה מסומנת כמוצג א', בתיק המוצגים מטעם היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "**תיק המוצגים**").

## **ב. התייחסות קצרה להליך הקונקרטי**

6. תחילה יציין היועץ המשפטי לממשלה,<sup>5</sup> שהמייצגים ובאי כוחם **השקיעו משאבים** בניהול ההליך ויש ליתן ביטוי לכך בפסיקת הגמול ושכר הטרחה. גם בית משפט קמא עמד על המשאבים שהושקעו ועל חשיבותו הציבורית של ההליך.<sup>6</sup>
7. אמנם, **אין פירוש הדברים**, שיש בהכרח הצדקה לסכומים שהתבקשו על ידי התובעים. בית משפט קמא פסק סכומים נכבדים לשכר טרחה וגמול, שיש בהם כדי לתמרץ הגשת תביעות ראויות. פסק הדין נתן משקל לטיבה של התובענה ולמשאבים שהושקעו על ידי המייצגים, ושקל גם את יתר השיקולים הרלבנטיים.
8. יש לציין גם את **ההלכה בדבר נטיית ערכאת הערעור שלא להתערב בפסיקת שכר טרחה** (וגמול) על ידי הערכאה הדיונית, הן בתובענות ייצוגיות<sup>7</sup> והן בתביעות נגזרות.<sup>8</sup> והכל, במידה ולא חלה בפסיקת הערכאה הדיונית טעות משפטית מהותית, או "פגם יסודי". על פני הדברים, לא נראה שבכך מדובר כאן, שכן, לגישת היועץ המשפטי לממשלה שתפורט, פסק הדין קמא יצא מתוך נקודות המוצא המשפטיות הנכונות, בסוגיות המשפטיות העקרוניות הנדונות.
9. מכל מקום, היועץ המשפטי לממשלה אינו רואה צורך לקבוע מסמרות ו**ותיר את ההכרעה האופרטיבית בערעורים הנוגדים שלפניו, ביחס לסכומי שכר הטרחה והגמול שייפסקו בהליך, לשיקול דעת בית המשפט הנכבד.**
10. עתה יפרסם היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו ביחס לשאלות העקרוניות הנדונות בערעורים.

## **ג. האם יש מקום לאבחנה בין השיקולים לפסיקת שכר טרחה בתביעה נגזרת, לשיקולים לפסיקת**

### **שכר טרחה בתביעה ייצוגית?**

11. בהליך נדונות כמה שאלות עקרוניות בנוגע לפסיקת שכר טרחה בתביעות נגזרות וייצוגיות, הגם שההליך הקונקרטי עוסק בתביעה נגזרת. כמצע לדיון בשאלות, היועץ המשפטי לממשלה יעמוד על התשתית הנורמטיבית לגבי השיקולים לפסיקת שכר טרחה בתביעות נגזרות, גם מתוך השוואה לכללים המקובלים בפסיקת שכר טרחה בתובענות ייצוגיות.
12. בשונה מחוק **תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006** (להלן: "**חוק תובענות ייצוגיות**") המפרט את השיקולים לפסיקת הגמול ושכר הטרחה (ראו בסעיפים 22-23 לחוק), **חוק החברות, התשנ"ט-1999** (להלן: "**חוק החברות**") אינו מפרט ומסתפק בקביעת הסמכות לפסוק שכר טרחה וגמול בתביעות נגזרות.<sup>9</sup>
13. בעמודים 3-4 לפסק הדין מוּסָא הערעורים נקבע, **שלא קיימת הבחנה מהותית בין תביעות ייצוגיות לתביעות נגזרות,**

<sup>5</sup> הדברים נאמרו גם בעמדת היועץ המשפטי לממשלה (מוצג א'), שהוגשה לבית משפט קמא (בסעיף 18 לעמדה).

<sup>6</sup> ראו בסעיף 22 להחלטת בית משפט קמא מיום 4.1.2018. (ההחלטה שאישרה את הסכם הפשרה): "**באי הכוח בתביעה הנגזרת פעלו לכל אורך ההליך באופן מסור ומקצועי וכי הם ראויים לתודה ולהוקרה על ההישג המרשים שהשיגו לטובת החברה**" ובעמוד 3 לפסק הדין מוּסָא הערעורים, מיום 11.2.2018: "**מדובר בהליך מורכב מבחינה משפטית ועובדתית אותו יזמו מבקשי הגמול ושכר הטרחה אשר נמשך זמן לא מבוטל ודרש מהם יצירתיות, נטילת סיכונים והשקעת משאבים**"... ובעמוד 6: "**התובענה בה עסקין היא תובענה תקדימית ובעלת חשיבות ציבורית, אשר הגשתה הצריכה מידה לא מבוטלת של יצירתיות ותעוזה**... הליך אישור התביעה הנגזרת בתיק זה היה מורכב יחסית וכלל חקירות ממושכות..."

<sup>7</sup> ראו: ע"א 7199/17 גולדמן נ' בתי זיקוק לנפט בע"מ (פורסם בנבו, 19.11.2017); ע"א 7615/11 גלבע נ' החברה המרכזית (פורסם בנבו, 16.12.2012), בסעיף 8 לפסק הדין; ע"א 10085/08 תנובה נ' ראבי (פורסם בנבו, 2011), בסעיף 63 לפסק הדין של כב' השופטת חיות; ע"א 8430/99 אנליסט אי.אם.אס ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פ"ד נו(2) 247 (2001), בעמוד 263; ע"א 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2010), בסעיף 28 לפסק הדין.

<sup>8</sup> ראו: ע"א 8550/16 לנואל נ' מאור (פורסם בנבו, 19.3.2018). להלן: "**פסק דין לנואל**".

<sup>9</sup> ראו: סעיפים 200א, 201, לחוק החברות. גם פסק הדין קמא עמד על כך (בסעיף 3). ראוי לציין, שביום 26.4.2018 הגישה שרת המשפטים (דאז) גבי איילת שקד, טיוטת תקנות (תקנות החברות) (הוראות לעניין תביעה נגזרת והגנה נגזרת) (התשע"ח-2018) ליו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, בכדי שיביאם לאישור הוועדה (טיוטת התקנות מסומנת כמוצג ב' בתיק המוצגים). התקנות עוסקות בין היתר (בסעיפים 20-21 לטיוטה), בשיקולים שעל בית המשפט להתחשב בהם בפסיקת שכר טרחה וגמול בתביעה נגזרת וקובעות שיקולים דומים לאלה הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות (ראו גם בדברי ההסבר לתקנות (מוצג ג' לתיק המוצגים), בסעיפים 8-9, 11). וועדת החוקה קיימה דיונים בטיטות התקנות, אלא, שעקב התפזרות הכנסת ה-20, הוועדה לא הספיקה לאשר את התקנות.

בנוגע לשיקולים לפסיקת שכר טרחה וגמול. פסק הדין החיל את העקרונות שנקבעו בפסק דין **רייכרט**<sup>10</sup> (שעסק בתביעות ייצוגיות), על פסיקת שכר הטרחה והגמול בתביעה הנגזרת דין.

14. התובעים והחברה טוענים, כל אחד מצד אחר, ששגה בית משפט קמא בהשוואה שעשה בין תביעות ייצוגיות לתביעות נגזרות. התובעים סבורים, שיש הצדקה ל- "פסיקה נדיבה יותר של שכר טרחה בתביעה נגזרת" (סעיפים 52-53 לסיכומם) החברה מנגד סבורה, שראוי ששכר הטרחה בתביעה נגזרת יהיה נמוך יותר (סעיפים 34-36 לסיכומה).

15. **עמדת היועץ המשפטי לממשלה תומכת בקביעת בית משפט קמא בנדון.** לגישתו, ככלל, יש להקיש מהכללים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה, ביחס לפסיקת שכר טרחה וגמול בתביעות ייצוגיות, ולהחילם על פסיקת שכר טרחה וגמול בתביעות נגזרות. תחילה יעמוד היועץ המשפטי לממשלה על הבסיס התכליתי המצדיק עריכת היקש כאמור, המבוסס גם בפסיקת בית המשפט הנכבד בהקשרים רחבים. לאחר מכן יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לטענות הצדדים.

16. יצוין, כי היועץ המשפטי לממשלה הגיש עמדה מפורטת בסוגיה זו במסגרת ע"א 8550/16 **לנואל נ' מאור**, לעיל, הערת שוליים 8, ובית משפט נכבד זה נדרש לסוגיה עקרונית זו, לראשונה, בפסק הדין שניתן בעניין לנואל. וכך נקבע שם:

"מגוון השיקולים הנוגעים לפסיקת שכר טרחה וגמול בתובענות ייצוגיות יפה רובו-כולו 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... 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..."

הרי, שנפסק, שככלל, השיקולים הנוגעים לפסיקת שכר טרחה וגמול בתובענות ייצוגיות יפים גם לתביעות נגזרות.<sup>11</sup>

17. ההלכה, לפיה יש להחיל את העקרונות שנקבעו ביחס לשכר טרחה וגמול בתובענה ייצוגית, כלפי תביעות נגזרות, נובעת גם מהאופי המהותי של התביעה הנגזרת, הדומה לתובענה הייצוגית בכמה היבטים.<sup>12</sup>

**ראשית**, בדומה למוסד התובענה הייצוגית, גם בתובענה הנגזרת, עושה המחוקק שימוש במניע הכלכלי של תובעים ועורכי דינם, על מנת לקדם תכליות ציבוריות. בתביעה הנגזרת מדובר בפיצוי החברה על נזקה, באכיפת הדין על בעלי התפקידים בחברה ובהרתעת נושאי המשרה בחברה, מהפרת נורמות ההתנהגות שהדין מחיל עליהם. (זאת, במיוחד לנוכח בעיית הנציג הכרוכה בכך, שנושאי המשרה בחברה הם האורגן אשר אחראי על הגשת תביעות בשם החברה ובאופן טבעי יעדיפו שלא להגיש תביעה נגד עצמם, נגד חבריהם לדירקטוריון, או נגד בעל השליטה שמינה אותם).<sup>13</sup>

**שנית**, בדומה לתובענה ייצוגית, לנוכח "בעיית הנציג" (והפעם של מגישי התביעה הנגזרת) והחשש שבעלי מניות יעשו שימוש לא ראוי בכלי התביעה הנגזרת ויגישו תביעות שאינן מבוססות, לשם השגת שכר טרחה וגמול מהירים, גם ביחס

<sup>10</sup> ע"א 2046/10 שמש נ' רייכרט פ"ד סה (2) 681 (2012).

<sup>11</sup> זאת, בניגוד לטענות הצדדים בערעורים שלפנינו ובניגוד גם לטענות התובעים (בסעיף 79 לסיכומם), שאין הלכה ברורה ביחס לפסיקת שכר טרחה בתביעות נגזרות וכי הלכת רייכרט עסקה רק בתביעות ייצוגיות. עוד יצוין, שגם לפני שניתנה הלכת לנואל בבית משפט זה, נמצאה פסיקה עניינה בבתי המשפט המחוזיים שקבעה גם היא, קביעות דומות. ראו: תני"ג (תל אביב) 37473-09-12 **בן יורם נ' דנקנר** (פורסם בנבו, 18.11.2015), בסעיף 20 להחלטה; תני"ג (תל אביב) 49615-04-13 **להב נ' אי די בי חברה לפיתוח בע"מ** (פורסם בנבו, 5.11.2015), בסעיף 59 לפסק הדין; תני"ג (ת"א) 815-09-13 **לנואל נ' מאור** (פורסם בנבו, 14.9.2016), בסעיף 88 לפסק הדין; תני"ג (ת"א) 27111-08-14 **עזיזי נ' א. דורי בניה בע"מ** (פורסם בנבו, 31.12.2017), בסעיף 37 להחלטה. בספרות המשפטית ראו: אירית חביב סגל, **דיני חברות** (2007) 694 (להלן: "סגל").

<sup>12</sup> ראו בעניין זה גם בדברי ההסבר לטיטוט תקנות החברות, לעיל, ה"ש 9, בסעיפים 8-9, 11 (מוצג ג' בתיק המוצגים).

<sup>13</sup> ראו: רע"א 4024/14 **אפריקה ישראל להשקעות בע"מ נ' רפאל כהן** (פורסם בנבו, 26.4.2015), בסעיף 11 לפסק דינו של כב' השופט סולברג; רע"א 4958/15 **שרותי בריאות כללית נ' אהרן** (פורסם בנבו, 23.10.2017), בסעיף 13 לפסק הדין.

לתביעה הנגזרת, **נדרש אישור של בית המשפט להגשת תביעה נגזרת**, כפי שנקבע בסעיף 198 לחוק החברות.<sup>14</sup> הפסיקה

עמדה על הקרבה בין התובענה הייצוגית לתביעה הנגזרת בהיבט זה של הדרישה לאישור להגשת ההליך.<sup>15</sup>

**שלישית**, בשני התחומים נקבע, שבפסיקת שכר טרחה וגמול אין משקל רב להסכמת הצדדים, אלא הסמכות נתונה באופן בלעדי לבית המשפט, שקובע את שכר הטרחה והגמול, בהתאם לשיקולים ציבוריים, נסיבות המקרה הפרטני, תרומתה של התובענה לקידום האינטרסים של הקבוצה/החברה, הטרחה שהושקעה, וכחלק מהכוונה ציבורית רחבה לקידום הגשת תובענות ראויות שיקדמו את האינטרס הציבורי.<sup>16</sup>

18. בנוסף, בית משפט נכבד זה **הקיש גם באופן רחב יותר, בהקשרים נוספים, מדיני תובענות ייצוגיות, לדיני**

**תביעות נגזרות**. על כן, הלכת לנואל שהשוותה בין התחומים בפסיקת שכר הטרחה והגמול, **המשיכה את הקו**

**שהותווה בפסיקה מזה בשנים**. כך, בעניין **לבייב**<sup>17</sup> נקבע על ידי כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס, שניתן להורות

על גילוי מסמכים בשלב הדיון בבקשה לאישור תביעה נגזרת, וזאת על דרך ההיקש מההלכה שנקבעה ביחס

לתובענות ייצוגיות בעניין זה;<sup>18</sup> בעניין **שילוני** נקבע,<sup>19</sup> שניתן להתיר במקרים חריגים הגשה מאוחרת של

ראיות שלא צורפו לבקשת האישור בתביעה נגזרת, כפי שנקבע ביחס לתובענות ייצוגיות; בעניין **אפריקה**

**ישראל**<sup>20</sup> נקבע, שהמבחנים למתן רשות ערעור על החלטה המאשרת הגשת תביעה נגזרת,<sup>21</sup> יהיו אותם

שיקולים שנקבעו בפסיקה לגבי מתן רשות ערעור, על החלטה המאשרת הגשת תובענה ייצוגית, ולאחרונה

נקבע בעניין **רבקה טכנולוגיות**,<sup>22</sup> ביחס ל- "תחרות" בין כמה בקשות לאישור תביעות נגזרות, כאשר מתעוררת

השאלה איזו בקשה להעדיף, שניתן ללמוד, מההוראות שנקבעו בסעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות, ויש לאמץ

כללים דומים ביחס לתביעות נגזרות מתחרות (ראו בעיקר בסעיפים 4-5 לפסק הדין).

19. הרי, שנקל לראות, שלא מדובר רק בהיקש קונקרטי, בסוגיה כזאת או אחרת, אלא מדובר **בהיקש נרחב**

שערכה הפסיקה בין התחומים הדומים. כפי שנאמר בעניין **בנק הפועלים**, לעיל, הערת שוליים 15, בסעיף 16:

"לא אחת ביקשו בתי המשפט למלא את החסר בסדרי הדין בהליך התביעה הנגזרת, בהיקש מסדרי הדין

האזרחיים הכלליים, ובפרט מסדרי הדין הנוהגים בתובענות ייצוגיות, והחילו אותם בשינויים המחוייבים".<sup>23</sup>

<sup>14</sup> עוד ראו בעניין זה: רע"א 2903/13 **אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שקדי** (פורסם בנבו, 27.8.2014), בסעיף 13 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) נאור; פסק דין **אפריקה ישראל**, לעיל, הערת שוליים 13, בסעיפים 15-19 לפסק הדין של כב' השופט עמית, סעיפים 11-14 לפסק דינו של כב' השופט סולברג, וסעיף 1 לפסק דינה של כב' השופטת ברון.

<sup>15</sup> רע"א 1365/17 **בנק הפועלים בע"מ נ' נשר** (פורסם בנבו, 9.3.2017), בסעיף 17 לפסק הדין; רע"א 5296/13 **אנטורג נ' שטיינסקי** (פורסם בנבו, 24.12.2013), בסעיף 16 לפסק הדין; ע"א 3293/17 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור** (פורסם בנבו, 12.9.2018), בסעיף 4 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; ראו גם בפסק דין **אפריקה ישראל**, לעיל, הערת שוליים 13, בסעיפים 12-14 לפסק דינו של כב' השופט סולברג ובסעיף 15 לפסק דינו של כב' השופט עמית. עוד ראו: **סגל**, לעיל, ה"ש 11, בעמוד 679.

<sup>16</sup> ראו: סעיפים 22-23 (ובמיוחד סעיף 23א), 18(ז), 19(ו) לחוק תובענות ייצוגיות; תקנה 12(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות התש"ע-2010; פסק דין **רייכרט**, לעיל, הערת שוליים 10, בסעיפים 3, 8; ע"א 3640/13 **ארגס נ' יוניליוור ישראל מזון בע"מ**, (פורסם בנבו, 2014), בסעיף 3; פסק דין **גלבו**, לעיל, הערת שוליים 7, בסעיף 6 לפסק הדין; ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריינר** (פורסם בנבו, 4.9.2014), בסעיף 92 לפסק הדין של כב' השופט מלצר; סעיפים 200א, 201, 202 לחוק החברות.

<sup>17</sup> רע"א 11126/08 **לבייב נ' רפאלי** (פורסם בנבו, 7.5.2009), בסעיף 4.

<sup>18</sup> לימים, הדבר עוגן מפורשות בחקיקת סעיף 198א לחוק החברות. ראו גם בסעיף 60 לפסק דינה של הנשיאה נאור בעניין **אינטרקולוני**, לעיל, הערת שוליים 14, בשאלת היחס בין סעיף 198א לחוק החברות, לבין הלכת **לבייב**, לעיל, הערת שוליים 17.

<sup>19</sup> רע"א 5165/16 **אופטיבייס בע"מ נ' שילוני** (פורסם בנבו, 8.7.2016), בסעיף 9 להחלטה.

<sup>20</sup> לעיל, הערת שוליים 13, בסעיף 14 לפסק דינו של כב' השופט עמית.

<sup>21</sup> הדברים מתייחסים לבקשה לאישור תביעה נגזרת, שהוגשה לפני תיקון סעיף 41(ה) **לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]**, התשמ"ד-1984 הקובע, שלא תינתן רשות ערעור על החלטה המאשרת הגשת תובענה נגזרת, אלא ניתן רק להגיש בקשה לבית המשפט המחוזי, לקיים דיון חוזר.

<sup>22</sup> ע"א 3293/17 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור** (פורסם בנבו, 12.9.2018).

<sup>23</sup> ראו עוד בדברים דומים שנאמרו בעניין **רבקה טכנולוגיות**, לעיל, הערת שוליים 22, בסעיפים 4-5; ראו גם **סגל**, לעיל, הערת שוליים 11, בעמודים 677-679. יצוין, שלצד הדגשת המאפיינים הדומים של שני התחומים והצורך להשוותם, בעניין **רבקה טכנולוגיות**, פסק הדין עמד גם על ההבדלים המסוימים בין התחומים: האם התביעה מוגשת בשם החברה או בשם בעלי המניות; האם קיימת חובה כללית לפניה מוקדמת לפני הגשת התביעה; האם קיימת אפשרות להגיש בקשה לגילוי מסמכים לפני הגשת התביעה, ועוד. עם זאת, צוין בפסק הדין, שהבדלים אלה נראים כ- "אינם משמעותיים".

20. לאור האמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כפי שנפסק בהלכת לנואל, שגם בסוגיית הגמול ושכר הטרחה, יש להקיש מדיני התובענות הייצוגיות לדיני התביעות הנגזרות, ולהחיל, ככלל, את השיקולים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה ביחס לתובענות ייצוגיות, על תביעות נגזרות. כך גם לאור המאפיינים הספציפיים של סוגיית שכר הטרחה כשלעצמה - המתח בין התכלית הציבורית, לבין המניע הכספי, קיים גם בעניינה של התביעה הנגזרת. בשל כך, גם בתביעה הנגזרת נדרש פיקוח הדוק של בית המשפט בסוגיית שכר הטרחה, שיבטיח, שפסיקת שכר הטרחה תתמרץ הגשת תביעות ראויות המקדמות את התכליות הציבוריות, וכן תבטיח קיומו של יחס הולם בין שכר הטרחה שייפסק, לתועלת שהביאה התובענה לחברה ולאינטרסים הציבוריים. נדרש גם לעמוד על כך, ששכר הטרחה לא ינגוס בפיצוי המועבר לחברה, באופן שאינו מידתי ואינו הולם את הנסיבות. הכל, בדומה למוסד התובענה הייצוגית.<sup>24</sup>
21. אכן, אין פירוש הדברים, שלא ייתכנו שינויים קונקרטיים בין תובענות ייצוגיות לתביעות נגזרות בתחום פסיקת הגמול ושכר הטרחה, בהתאם לנסיבות המקרה. כך למשל, כפי שמציין בית משפט קמא בעמוד 7 לפסק דינו, במקרים המתאימים, יש לתת ביטוי בפסיקת הגמול ושכר הטרחה בתובענה ייצוגית, לתרומת ההליכים ליצירת הסדרה עתידית שהסבה תועלת ארוכת טווח לחברי הקבוצה. לעומת זאת, בדרך כלל, תביעות נגזרות מתמצות בפיצוי החברה על עוולות נושאי המשרה כלפיה, ואינן עוסקות בהסדרה עתידית. על כן, וככל שבכך מדובר, ייתכנו פערים מסוימים בין הגמול ושכר הטרחה שייפסק בתביעות נגזרות שאין בהן הסדרה עתידית, לתביעות ייצוגיות שיש בהן הסדרה עתידית. מכל מקום, לא מדובר באבחנה שורשית בין התחומים, אלא בצורך לתת ביטוי לנסיבות המקרה הפרטני.
22. לאור האמור, יש לדחות את עמדת התובעים, שיש לפסוק שכר טרחה גבוה יותר, באופן כללי, בתביעות נגזרות וכן יש לדחות את עמדת החברה, שבאופן כללי, ראוי ששכר הטרחה בתביעות נגזרות יהיה נמוך יותר.
23. היועץ המשפטי לממשלה יתייחס לטענות הצדדים. התובעים טוענים, שיש לפסוק שכר טרחה גבוה יותר בתביעות נגזרות, בגלל שהחברה לא הייתה מעוניינת בתביעה, בניגוד לתובענות ייצוגיות שבהן חברי הקבוצה מעוניינים בתביעה. אולם, הצגת דברים זו אינה מלאה ובכל אופן אינה מצדיקה את ההבחנה המוצעת בסוגיית שכר הטרחה. לאמיתו של דבר, בשני תחומי התביעות, שיקול מרכזי בפסיקת הגמול ושכר הטרחה נוגע לצורך בתמרץ הגשת תביעות ראויות שיקדמו את האינטרס הציבורי, בידי תובעים ששווי עילת התביעה שלהם כשלעצמו נמוך, באופן שהגשת תביעה אישית רגילה אינה כדאית עבורם. לכן, בשני התחומים קיים הצורך מצד אחד, לתמרץ הגשת תביעות ראויות, ומצד שני, יש הכרח, בבחינה קפדנית שלא מדובר בתביעת סרק או בתביעה מנופחת שמוגשת בעיקר לשם קבלת שכר טרחה. על כן, העובדה, שלעיתים, חברות לא מגישות תביעות מלכתחילה בעצמן ובחלק מהמקרים מתנגדות באופן אקטיבי לאישור הגשת תביעה נגזרת, אינה יכולה להצדיק פסיקת גמול ושכר טרחה בסכומים שאינם מידתיים ואינם הולמים את התועלת לחברה ולציבור בנסיבות המקרה, בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה.
24. היועץ המשפטי לממשלה סבור עוד, שיש לדחות גם את טענת החברה, שבתביעות נגזרות יש לפסוק, כביכול, שכר טרחה בשיעורים נמוכים יותר (בהשוואה לתובענות ייצוגיות), מהטעם, שבתביעות נגזרות, הסיכון של המייצגים נמוך יותר, היות ולאחר אישור התביעה הנגזרת, לטענת החברה, ב"כ התובע הנגזר זכאי לשכר טרחה (מקופת החברה),

<sup>24</sup> ראו בעניין זה גם באמור בסעיף 4 לפסק הדין קמא (שניתן לפני שנפסקה הלכת לנואל).

אפילו אם התביעה תידחה, וזאת בשונה מתובענות ייצוגיות שבהן, ככלל, שכר הטרחה תלוי בתוצאות התובענה. **היועץ המשפטי לממשלה סבור שהטענה בנוגע לזכאות אוטומטית, כביכול, לשכר טרחה בכל מקרה שבו התביעה הנגזרת אושרה (וגם אם התביעה נדחתה לגופה) – היא טענה שגויה.** גם הטענה בנוגע להבחנה בין סוגי התובענות במישור הסיכון – אינה מדויקת כלל ועיקר.

**ראשית, עיקר הסיכון מצוי בשלב אישור הגשת התביעה, ובשלב זה, אין מחלוקת שאם בקשת האישור להגשת תביעה נגזרת תידחה, בדרך כלל לא ייפסק שכר טרחה לטובת המייצגים ואדרבה, הם אף עשויים להתחייב בהוצאות. שנית, גם לאחר שאושרה הגשת התביעה, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין הכרח שייפסק שכר טרחה לטובת המייצגים במקרה שהתביעה נדחתה. על כן, הסיכון המוטל על המייצגים קיים גם בשלב הדיון בתביעה לגופה.**

25. החברה מבססת את טענתה על הוראות סעיף 200א לחוק החברות:

**"(א) 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.**

**(ב) שכר הטרחה ישולם על ידי החברה אלא אם כן קבע בית המשפט... כי על התובע לשלם את שכר הטרחה".** בניגוד לפרשנות החברה, לא נקבע בחוק, ששכר הטרחה ייפסק בכל מקרה, אלא כל שנקבע הוא, שבית המשפט יקבע את שכר הטרחה. בית המשפט מוסמך לקבוע, במקרים המתאימים, שאין הצדקה לפסיקת שכר טרחה כלל (או בלשון אחרת, ששכר הטרחה יעמוד על 0 ש"ח). עוד יוטעם, שגם בסעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות נקבע בלשון כמעט זהה: **"בית המשפט יקבע את שכר הטרחה של בא הכוח המייצג בעד הטיפול בתובענה ייצוגית..."**, ומקובל גם על החברה, ששאלת פסיקת שכר הטרחה בתובענות ייצוגיות, נתונה לשיקול דעתו המלא של בית המשפט וודאי אינה בגדר של חובה במקרים שהתביעה נדחתה (ובדרך כלל לא ייפסק שכר טרחה כשהתביעה נדחית, בהתאם לשיטת האחוזים שנקבעה בעניין **ריכרט**, החלה ככלל גם בתביעות נגזרות כפי שעולה מהלכת **לנואל**, לעיל, הערת שוליים 8).

כאמור, סעיף 200א(ב) לחוק החברות קובע ששכר הטרחה ישולם על ידי החברה.<sup>25</sup> בכל אופן, גם אם החברה היא זאת שנושאת בשכר הטרחה, אין פירוש הדבר, ששכר הטרחה ייפסק בכל מקרה של דחיית התביעה. הדבר נתון **לשיקול דעתו המלא של בית המשפט**, שהוסמך לקבוע באופן בלעדי את שכר הטרחה, בהתאם למכלול הנסיבות.

גם **מבחינה תכליתית** נראה, שזו הפרשנות הראויה ואין מקום לחיוב בית המשפט לפסוק שכר טרחה לטובת בא כוח התובע הנגזר בתביעה נגזרת, במקרים שבהם התביעה נדחתה ובית המשפט לא מצא הצדקה, לפסיקת שכר טרחה.

26. אמנם, אפשר, שקיימת הבחנה מסוימת ברף הסיכון בין ב"כ מייצג בתובענה ייצוגית לב"כ התובע הנגזר בתביעה נגזרת, מאחר וייתכנו מקרים בהם החברה תחויב בתשלום שכר טרחת בא כוח התובע הנגזר, גם כאשר התביעה נדחתה וגם כאשר אין מקום לחיוב הנתבע בשכר הטרחה. עם זאת, **אין הדבר מצדיק קביעת הבחנה כללית בפסיקת שכר הטרחה בין תובענות ייצוגיות ונגזרות**, ואין כל הצדקה למדיניות שכזו, שהרי כאמור לעיל, עיקר הסיכון מצוי בשלב הגשת

<sup>25</sup> עם זאת, הדבר אינו גורע מסמכות בית המשפט לחייב את הנתבע בשכר הטרחה של המייצגים. ראו: **הצעת חוק החברות (תיקון) התשס"ב-2002**, ה"ח 3132 (18.6.2002), בעמוד 646 (ביחס לסעיף 34 להצעת החוק). עוד יוער, שבשנים האחרונות נקבע בפסיקת בית המשפט הנכבד (בשונה ממה שהיה מקובל בעבר ומנקודת המוצא של חוק החברות), שבאופן כללי, יש לפסוק בהליכים משפטיים הוצאות ריאליות, כל עוד מדובר בהוצאות סבירות ומידתיות. (ע"א 2617/00 מחצבות כנרת (שותפות מוגבלת) נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, נצרת עילית פ"ד ס(1) 600, 615 (30.6.2005); ע"א 9648/16 אוריהייטק GIS בע"מ נ' אביטן (פורסם בנבו, 28.2.2018), בסעיף 67). על כן, כיום, בדרך כלל, כאשר התביעה מתקבלת, שכר הטרחה בתביעות נגזרות ישולם **על ידי הנתבעים**, ורק במקרים חריגים יהיה צורך בהשלמת התשלום על ידי החברה. מכל מקום, כאשר התביעה נדחתה, יש להניח, שאם בית המשפט ימצא בכל זאת לזכות את המייצגים בתשלום שכר טרחה, מי שישא בו, בדרך כלל, תהיה החברה ולא הנתבע. ראו אוריאל פרוקציה דיני חברות חדשים לישראל, 1989, בעמוד 399.

בקשת האישור (שבו אין מחלוקת ששכר הטרחה מותנה, ככלל, בתוצאות ההליך ולא קיימת הבחנה בין התחומים ברף הסיכון) וגם לאחר אישור התובענה, חיוב חברה בשכר טרחה חרף דחיית התביעה אינו מחויב, אלא נתון לשיקול דעתו של בית המשפט כדלעיל. על כן, ברוב המקרים לא תהיה לדבר השפעה ממשית על מפת הסיכונים בהגשת ההליך. כמו כן, בכל אופן, שאלת הסיכונים בהגשת ההליכים היא מורכבת ומושפעת מגורמים ומשתנים רבים. על כן, **היועץ המשפטי לממשלה יבקש לדחות את טענות החברה שבנדון.**

#### **ד. האם יש מקום לקביעת אחוז קבוע ואחיד של שכר טרחה בתביעות ייצוגיות ונגזרות?**

27. התובעים מציעים (ביחס לתביעות ייצוגיות ונגזרות): **"כי בדומה לארצות הברית, יקבע שיעור אחיד של שכ"ט, ללא מדרגות"** (סעיף 78 לסיכומם); **"אנו מציעים בנוסף כי... יקבע בית משפט נכבד זה שיעור אחיד של שכר טרחה שיחול על כל סכום המשולם לחברה כתוצאה מתביעה נגזרת..."** (סעיף 180 לערעור). התובעים מודים, שההצעה מנוגדת להלכת רייכרט ומבקשים לקיים "חשיבה מחדש". עוד נטען, שהלכת רייכרט מצומצמת לתובענות ייצוגיות, וביחס לתביעות נגזרות: **"עדיין אין הלכה ברורה אשר יצאה מבית משפט נכבד זה"** (סעיף 79 לסיכומם).

28. **היועץ המשפטי לממשלה יבקש לדחות הצעה זו.** ראשית, ההצעה אכן מנוגדת בעליל להלכת רייכרט. שנית, בניגוד לטענת התובעים, נפסקה הלכה ברורה בעניין פסיקת שכר טרחה בתביעות נגזרות, בפסק דין לנואל, שבו נקבע בין היתר: **"מגוון השיקולים הנוגעים לפסיקת שכר טרחה וגמול בתובענות ייצוגיות יפה רובו-ככולו גם לתביעה נגזרת"**. בכלל זה, כמובן הלכת רייכרט שהינה אחד מפסקי הדין החשובים ביחס לפסיקת שכר טרחה בתובענות ייצוגיות, החלה, ככלל, גם ביחס לתביעות נגזרות. שלישית, הצעת התובעים מנוגדת להוראות חוק תובענות ייצוגיות ולכוונת המחוקק. רביעית, גם לגוף הדברים ומהבחינה התכליתית הרחבה, יש לדחות את ההצעה.

29. בסעיף 8 לפסק דין רייכרט, נשללה באופן מפורש השיטה המוצעת לקביעת שיעור אחוזים קבוע: **"אין לקבוע מראש ובאופן עקרוני, מהו שיעור שכר הטרחה באחוזים שיש לפסוק... קביעת שכר הטרחה נגזרת מנתוני הפרטניים של כל מקרה ומקרה, ולא ניתן להצביע מראש על שיעור קבוע לשכר טרחה"**. עוד מודגש שם, בסעיף 16, ביחס לאחוזים ולמדרגות האחוזים שנקבעו במקרה הקונקרטי שנדון בעניין רייכרט, שאין ללמוד ממנו למקרים אחרים.

30. הצעת התובעים מנוגדת גם להוראות חוק תובענות ייצוגיות ולכוונת המחוקק. סעיפים 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות קובעים באופן מפורט את השיקולים שעל בית המשפט להתחשב בהם בפסיקת שכר טרחה וגמול.<sup>26</sup> לא נקבע בחוק אחוז קבוע ומחייב של שכר טרחה, ואף לא ברירת מחדל מנחה. לא מדובר בהשמטה מקרית. כשהמחוקק ראה לקבוע אחוזים מחייבים או מנחים הוא קבע אותם מפורשות. דוגמאות לכך לרוב.<sup>27</sup> חוק תובענות ייצוגיות לא קבע שיעור אחוזים מסוים, משום שהמחוקק סבר, שבתחום זה יש להותיר הדבר לשיקול דעת בית המשפט, בהתאם לנסיבות המקרה.

<sup>26</sup> לא מדובר ברשימה סגורה והסעיפים מציינים שעל בית המשפט להתחשב "בין השאר" בשיקולים אלה. ראו ע"א 8114/14 מרקיס מוצרי ייעול בע"מ נ' סונוול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 5.8.2018), בסעיף 29. עם זאת, השיקולים המנויים בחוק הם שיקולים מחייבים, שלצידם יכול בית המשפט לשקול שיקולים נוספים – ראו פלינט וויניצקי, **תובענות ייצוגיות** (2017), בעמוד 687.

<sup>27</sup> ראו למשל, כללי לשכת עורכי הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים), התשל"ז-1977; כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000; תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981, ועוד.



31. הדבר עולה גם מדיוני הכנסת בחקיקת חוק תובענות ייצוגיות. ועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט דנה בסוגיה זו באריכות, במהלך הכנת חוק תובענות ייצוגיות לקריאה שניה ושלישית.<sup>28</sup> היו שסברו בדיונים אלה שראוי לקבוע בחוק אחוזים קבועים לשכר טרחה, או לפחות אחוזים מנחים, שבתי המשפט יוכלו לסטות מהם במקרים המתאימים. זו גם הייתה בתחילה עמדתו של ח"כ (דאז) רשף חן יושב-ראש ועדת המשנה.<sup>29</sup> אולם, הוצגו לפני הכנסת גם גישות חולקות.<sup>30</sup> עמדת הממשלה שהוצגה לכנסת הייתה, שאין לקבוע אחוז קבוע, אלא יש להותיר את הדבר לשיקול דעת בית המשפט בהתאם לנסיבות הפרטניות.<sup>31</sup> כפי שהוסבר לכנסת על ידי נציג משרד האוצר<sup>32</sup> קביעת אחוז קבוע תביא לכך, שבתיקים פשוטים ייפסק שכר טרחה לא פרופורציונאלי להיקף ההשקעה. גם באופן כללי, הוסבר, שנכון להותיר את העניין לשיקול דעת בית המשפט בהתאם לנסיבות הפרטניות. ראו בדברי נציג משרד האוצר<sup>33</sup>: **"כמו לשאול מה נלבש מחר. אנחנו לא יודעים איזה יום, אנחנו לא יודעים אם אנחנו בירושלים, בתל אביב או באילת. יש כל כך הרבה משתנים שקשורים לזה, שאני לא חושב שאפשר להגיד לקבוע חוק"**.

בסופו של דבר, **הכנסת קיבלה את עמדת הממשלה**, ובחוק שאושר על ידי הוועדה ועבר בקריאה שניה ושלישית במליאת הכנסת, לא נקבעו אחוזים קבועים או מנחים כלשהם. גם ח"כ (דאז) רשף חן עצמו, יושב-ראש ועדת המשנה, קיבל את עמדת הממשלה. ראו בדבריו בדיון במליאת הכנסת בקריאה שניה ושלישית, מיום 1.3.2006, בעמוד 70:

**"היו שלבים שחשבנו - חשבתי - שצריך לקבוע ברירת מחדל באחוזים ברורים. בסופו של דבר קיבלתי את העמדה שתהיה בזה מידה מוגזמת של התערבות בשיקול הדעת של בית-המשפט, אבל בית-המשפט הונחה לפי רשימה של קריטריונים לבדוק את שכר הטרחה..."**

32. לכן, **אין מקום**, שבית המשפט הנכבד יקבע שיעור אחוזים קבוע לשכר טרחה וגמול בתובענות ייצוגיות ונגזרות, שעה שבכוונת מכוון, **המחוקק לא קבע שיעור כזה** והותיר את העניין לבחינה פרטנית של בית המשפט הדן בכל מקרה.

33. גם **הגיונם של דברים שולל את הצעת התובעים**. לא דומה הליך שנוהל במשך 10 שנים, להליך שהסתיים תוך פרק זמן של חודשים ספורים;<sup>34</sup> לא דומה הליך שהסתיים בפסק דין בתביעה לגופה, להליך שהסתיים בפשרה; לא דומה פשרה שהושגה לקראת סופו של ההליך, לפשרה שהושגה עוד לפני שניתנה החלטה בבקשת האישור;<sup>35</sup> לא דומה הליך שבו התקבלו במלואם הסעדים שנתבעו בבקשת האישור, להליך שבו קיים פער משמעותי, בין הסעדים שנתבעו, לסעדים שבהם זכתה הקבוצה;<sup>36</sup> לא דומה טיפול בתובענה פשוטה לתובענה שמעלה מורכבות מיוחדת;<sup>37</sup> לא דומה תובענה העוסקת בעניין אזוטרי, לתובענה העוסקת בעניין שנודעת לו חשיבות ציבורית;<sup>38</sup> ולא דומים מקרים שבהם התגלו כשלים באופן טיפול המייצגים בהליך, להליכים שבהם הטיפול היה מקצועי ומיטבי.<sup>39</sup> במילים אחרות: השיקולים הרבים הנקובים בחוק מלמדים על המהות, גם מעבר למחויבות הפורמלית להוראות החוק: יש לבחון כל

<sup>28</sup> ראו בפרוטוקולים הארוכים של הישיבות מימים 12.12.05 ו- 26.12.05 (פורסם באתר הכנסת).

<sup>29</sup> ראו למשל: פרוטוקול מיום 12.12.2005, בעמודים 22, 27, 32. כן ראו בפרוטוקול מיום 26.12.2005, בעמודים 5, 8-9.

<sup>30</sup> ראו למשל: פרוטוקול מיום 12.12.2005, בעמוד 25.

<sup>31</sup> ראו: פרוטוקול מיום 12.12.2005, בעמוד 18; פרוטוקול מיום 26.12.2005, בעמוד 6 (בדברי גב' שירלי אבנר ממשרד המשפטים), ובעמודים 7 ו-12 בדברי גלעד ריקלין (להלן: **"ריקלין"**) ממשרד האוצר.

<sup>32</sup> ריקלין, לעיל הערה קודמת.

<sup>33</sup> ריקלין, לעיל הערה שוליים 31, בעמוד 12.

<sup>34</sup> ראו בסעיפים 22(ב) ו-23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>35</sup> ראו בעניינים אלה בפסק דין רייכרט, לעיל, הערת שוליים 10, בסעיף 8.

<sup>36</sup> ראו סעיף 23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>37</sup> ראו סעיף 23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>38</sup> ראו בסעיפים 22(ב) ו-23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.

<sup>39</sup> ראו בסעיף 23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.

מקרה ומקרה לאורם ולא ניתן לקבוע אחוז קבוע שלא ישקף נכונה את עניינו של כל מקרה.<sup>40</sup>

34. כמו כן, יחזור היועץ המשפטי לממשלה ויפנה לפסק דין **לנואל**, לעיל, הערת שוליים 8, שם נקבע, רק לאחרונה, בעניין תביעות נגזרות, שעל בית המשפט לבחון את "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..."<sup>41</sup>. ברור אם כן, שקביעת אחוז קבוע של שכר טרחה, אינה מתיישבת עם מכלול השיקולים שנדרש בית המשפט לבחון באופן פרטני בהתאם **להלכת לנואל**.

35. גם מלומדים תמכו בגישה השוללת קביעת אחוז קבוע לשכר טרחה.<sup>42</sup> למען שלמות התמונה, יש לציין, בנוגע לטענת התובעים שבארצות הברית מקובל, כביכול, שיעור אחיד של שכר טרחה, הרי שגם בארצות הברית נמתחה ביקורת חריפה על השיטה של ברירת מחדל של אחוז קבוע, ובפסיקה האמריקנית נמצאה, פסיקת שכר טרחה באחוזים משתנים.<sup>43</sup>

## **1.1. אחוזי שכר טרחה מדורגים**

36. התובעים טוענים, שיש לקבוע שיעור אחיד של שכר טרחה ללא מדרגות, בניגוד לקביעת פסק הדין קמא (סעיף 78 לסיכומים). הם מודים, שהטענה סותרת את הלכת רייכרט. עוד נטען, שאפילו אם שיטת המדרגות תישאר על כנה, המדרגות החדשות שנקבעו בפסק הדין קמא, "אין להן עיגון בהלכות שיצאו מבית המשפט העליון" (סעיף 10).

37. **עמדת היועץ המשפטי לממשלה שונה**. תחילה לשאלה העקרונית של שיטת המדרגות.

בסעיף 9 לפסק דין רייכרט, לעיל, הערת שוליים 10, נקבע כך:

"יש לקבוע כי שכר הטרחה ייפסק בשיעור מדורג, כאשר ככל שסכום הזכייה גדל, אחוז שכר הטרחה קטן. זאת, משני טעמים. ראשית... אין בהכרח קשר ישיר בין כמות העבודה שהושקעה על ידי עורך הדין לבין גובה פסק הדין או הפשרה. שנית, הליכים של תובענה ייצוגית מטבעם מאופיינים בכך שהסעד הנתבע בהם עשוי להיות בסכום משמעותי. דומה, כי קיימים די תמריצים להגשת תביעות בסכומים משמעותיים. כך למשל, העובדה כי התובע המייצג אינו משלם אגרה לפי סכום הפיצוי המוערך לקבוצה, גורמת לכך שמבחינת התובע אין עלות בנקיבת סכום גבוה כסעד המבוקש. מן הראוי לאזן את התמריץ להגשת תביעות בסכומים משמעותיים על ידי קביעה כי בסכומים גבוהים יופחת אחוז שכר הטרחה לו יהיה זכאי עורך הדין".

היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהלכה זו, על שני נימוקים, נכונה היא ואין כל הצדקה לשנותה.<sup>44</sup>

38. נימוק נוסף התומך בהלכה בדבר הפחתת האחוזים באופן מדורג הוא, שככל שמדובר בסכומים גבוהים יותר, **משמעותו**

**הכספית האבסולוטית של כל אחוז הינה גדולה יותר**. לכן, מצד אחד, סכומי שכר הטרחה שנפסקים בשיטה המדורגת

הינם סכומים הולמים המתמריצים הגשת תביעות ראויות, ומצד שני, פסיקת שכר טרחה על פי אחוז אחיד וללא הורדת

<sup>40</sup> ראו גם: ע"א 7199/17 גולדמן נ' בתי זיקוק לנפט בע"מ (פורסם בנבו, 19.11.2017).

<sup>41</sup> ראו: אלון קלמנט קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות התשס"ו-2006, **הפרקליט** מ"ט, 131, 171, הערת שוליים 152 שם (להלן: "קלמנט"); **פלינט וויניצקי**, לעיל, הערת שוליים 26, בעמודים 687-686.

<sup>42</sup> ראו **פלינט וויניצקי**, לעיל, הערת שוליים 26, בעמוד 686 (ראו גם באסמכתאות שם בהערות שוליים 426-427). ראו גם **קלמנט**, לעיל, הערת שוליים 41, בעמוד 171 ובהערות שוליים 152 שם, המפנה למחקר שהוזמן על ידי בית המשפט הפדרלי בארצות הברית השולל קביעת אחוז קבוע לשכר טרחה.

<sup>43</sup> יובהר, בעניין ההנמקה בפסק דין רייכרט לשיטה המדורגת, הנוגעת להיעדר אגרת משפט, שהנמקה זו עדיין נכונה, גם לאחר שלאחרונה הותקנו **תקנות בתי המשפט (אגרות) (תיקון) התשע"ח-2018** הקובעות אגרות בגין הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית, וזאת מהטעם, שבהתאם להוראות התקנות, שיעור האגרה נקבע בסכומים קבועים (בהתאם לפרט לתוספת השנייה של חוק תובענות ייצוגיות, שעל פיו הוגשה בקשת האישור ובהתאם לזהות בית המשפט שאליו הוגשה בקשת האישור), ולא באחוזים מסכום התביעה.

האחוזים ככל שהסכומים עולים (כפי שטוענים התובעים), **עשויה להביא לפסיקת שכר טרחה מופרז**, שאינו משקף את נסיבות המקרה ואת היחס ההולם בין סכומי הפיצויים לקבוצה/לחברה, לשכר הטרחה.

39. כאמור בפסק דין רייכרט, עיון בפרוטוקולים של הדיונים בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת בחקיקת חוק תובענות ייצוגיות מלמד, שגם כוונת המחוקק הייתה, שאחוזי שכר הטרחה יפחתו באופן מדורג.<sup>44</sup>

## **2.2. הוספת המדרגות הנוספות בפסק דינו של בית משפט קמא**

40. בפסק דין רייכרט שולמו פיצויים לקבוצה בסך של 16.6 מיליון ש"ח, ובהתאם לכך נקבעו מדרגות פוחתות של אחוזים, כאשר המדרגה המתייחסת לסכומי הפיצויים הגבוהים ביותר (שבה נקבע אחוז שכר הטרחה הנמוך ביותר) נקבעה ביחס לסכומים העולים על 10 מיליון ש"ח (15 אחוזים שכר טרחה).

בענייננו, סכום הפיצויים שניתן לחברה גבוה יותר ועומד על סך של 100 מיליון ש"ח. לכן, בית משפט קמא קבע מדרגות נוספות (שבהן האחוזים הולכים ופוחתים), כאשר תחומה של המדרגה של 15 אחוזים שנקבעה בפסק דין רייכרט ביחס לסכומים העולים על סך של 10 מיליון ש"ח צומצם, כך שמדרגה זו חלה רק עד סכום של 30 מיליון ש"ח; הוספה מדרגה לסכומים שבין 30 מיליון ש"ח ל-60 מיליון ש"ח שבה אחוז שכר הטרחה יעמוד על 12 אחוזים, והוספה מדרגה לסכומים העולים על 60 מיליון ש"ח העומדת על 10 אחוזים.

כאמור, התובעים טוענים, שהוספת המדרגות על ידי בית משפט קמא נעדרת עיגון בפסיקה ולא הייתה לה הצדקה.<sup>45</sup>

41. היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שהטענה אינה נכונה**. פסק דין רייכרט קבע את העיקרון הכללי של אחוזי שכר טרחה מדורגים, הפוחתים והולכים בהתאם לגובה סכום הפיצויים לקבוצה. בנסיבות המקרה שנדון בעניין רייכרט, המדרגה האחרונה שנקבעה התייחסה לסכומי פיצויים העולים על סך של 10 מיליון ש"ח, וזאת היות וסכום הפיצויים שניתן שם עמד על סך של 16 מיליון ש"ח. אולם, כשמדובר בסכומי פיצויים גבוהים יותר, כבענייננו, **נדרש להוסיף מדרגות נוספות** (שבהם אחוזי שכר הטרחה יפחתו באופן מדורג) וזאת **בהתאם לעיקרון הכללי** שנפסק בעניין רייכרט, על נימוקיו. אין מקום, שאותה מדרגה (של 15 אחוזים) תחול ביחס לכל סכום הגבוה מ-10 מיליון ש"ח כפי שטוענים התובעים (ולשיטתם, לכאורה, כך אף אם יהיה מדובר בפיצוי של מיליארד ש"ח!) טענה כזו **סותרת את הכלל העקרוני שנקבע בפסק דין רייכרט**.

42. יש להדגיש, שהמדרגות המדויקות שנקבעו בעניין רייכרט, כמו שיעור האחוזים בכל מדרגה, נקבעו **ביחס לנסיבות המקרה הקונקרטי**, כפי שהודגש בפסק דין רייכרט. אחוזים ומדרגות אלה אינם מחייבים ואין ללמוד מהם למקרים **אחרים** – ראו בסעיפים 8, 11, 16 לפסק דין רייכרט. **גם מטעם זה**, יש לדחות את טענות התובעים שבנדון. בית משפט קמא התאים ויישם את העקרונות הכלליים שנפסקו בעניין רייכרט, לנסיבות השונות של העניין שנדון בפניו.

43. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה **יפנה את תשומת לב בית המשפט, לאופן שבו יישם בית משפט קמא הנכבד את העקרונות של פסק דין רייכרט**. במדרגות שנקבעו בעניין רייכרט, המרווח שנקבע בין מדרגה למדרגה עמד על 5 מיליון ש"ח (כלומר, כל קפיצה של 5 מיליון ש"ח בסכומי הפיצויים לקבוצה, גורמת למעבר מדרגה עם אחוזי שכר טרחה

<sup>44</sup> ראו: סעיף 9 לפסק הדין. ראו גם: דיון בוועדת המשנה של ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת מיום 12.12.05, בעמודים 22, 27 (בדברי ח"כ דאז רשף חן); דיון מיום 26.2.2005, בעמודים 4, 14 (בדברי ח"כ דאז רשף חן).

<sup>45</sup> ראו בסעיפים 10-15 לסיכום טענות התובעים.

פוחתים) והפחתת האחוזים ממדרגה למדרגה הייתה בהפרשים של 5 אחוזים. לעומת זאת, בפסק דינו של בית משפט קמא, בנוגע למדרגות הנוספות, המרווח בין המדרגות גדול יותר<sup>46</sup> והפחתת האחוזים מתונה יותר.<sup>47</sup> אכן, כפי שנאמר, כל מקרה לנסיבותיו, והיועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את שכר הטרחה הראוי במקרה הקונקרטי. עם זאת, דומה, שבמקרים המתאימים יהיה מקום לקביעת מרווחים "צפופים" יותר בין המדרגות, ולהפחתה גדולה יותר באחוזי שכר הטרחה ממדרגה למדרגה, בדומה לקביעותיו של פסק דין רייכרט. זאת, בהתחשב בכך, שכשמדובר בסכומים פיצויים גבוהים, משמעותו הכספית האבסולוטית של כל אחוז לשכר טרחה, ניכרת יותר, ולכן נדרש לקבוע שכר טרחה באופן שיבטא יחס הולם, בין סכום הפיצויים לקבוצה/לחברה, לסכום שכר הטרחה.

#### ה. האם שכר הטרחה צריך להיקבע רק על בסיס סכום הפיצוי, ללא התחשבות במשך ההליך?

44. התובעים טוענים, שיש לקבוע את שכר הטרחה "רק ביחס לסכום הפיצוי ששולם. אין ולא צריכה להיות חשיבות למשך זמן ניהול ההליך... התוצאה היא הגורם הרלוונטי היחיד" (סעיף 55 לסיכומים). התובעים מודים, שטענותיהם מנוגדות להלכה הפסוקה (ראו בסעיף 128 לכתב הערעור), אלא שהם מבקשים: "להזמין את בית המשפט הנכבד לשקול מחדש סוגיה זו ולהציע לו גישה אחרת" (סיכום הטענות, שם).

45. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לדחות הטענות. ראשית, הטענות עומדות בסתירה חזיתית להוראות חוק תובענות ייצוגיות, בנוגע לפסיקת הגמול ושכר הטרחה (שכאמור הוחלו ככלל גם על תביעות נגזרות, בהלכת לנואל, לעיל, הערת שוליים 8). בהתאם להוראות החוק, על בית המשפט להתחשב בפסיקת הגמול ושכר הטרחה, לא רק בתועלת לקבוצה/לחברה, אלא גם ב- "מורכבות ההליך", ב- "טרחה שטרח בא הכוח המייצג... וכן ההוצאות שהוציא לשם כך", ב- "מידת החשיבות הציבורית של התובענה", ב- "אופן שבו ניהל בא הכוח המייצג את ההליך" וב- "פער שבין הסעדים הנתבעים... לבין הסעדים שפסק בית המשפט בתובענה".<sup>48</sup>

על כן, יש לדחות את טענות התובעים, שאינן הולמות את ההוראות המפורשות של החוק, כמו גם את רוחו של החוק.<sup>49</sup> בנוסף, הצעות התובעים מנוגדות להלכה הפסוקה. בהלכת רייכרט נקבע מפורשות בסעיפים 7-8, שלצד קביעת "שיטת האחוזים כשיטה המובילה לפסיקת שכר טרחה", יש להתחשב במשך ההליך, כך שייפסק שכר טרחה גבוה יותר בהליך שהסתיים בפסק דין לעומת הליך שהסתיים בהסכם פשרה וכמו כן נאמר שיש להבחין בין הסכם פשרה שהושג בשלב הדיון בבקשת האישור, להסכם פשרה שהושג בשלבים מתקדמים יותר של ההליך המשפטי. עוד ראו בפסק דין מריקט, לעיל, הערת שוליים 26, בסעיף 29 לפסק הדין, שם חזר ועמד בית משפט זה על הדברים:

**"פרט לתועלת שהסב ההליך הייצוגי לחברי הקבוצה, על פי סעיפים 22 ו-23 לחוק ניתן וראוי להביא בחשבון את הטרחה שטרחו התובע המייצג ובא כוחו, הסיכון שנטלו על עצמם בהגשת ההליך וניהולו,**

<sup>46</sup> המרווח נע בין מרווח של 20 מיליון ש"ח במדרגה הראשונה שהוספה (30-10 מיליון ש"ח), למרווח של 40 מיליון ש"ח במדרגה האחרונה שהוספה, כאשר חלה מדרגה אחת של 10 אחוזים שכר טרחה, בנוגע לסכומים שבין 60 ל-100 מיליון ש"ח.  
<sup>47</sup> ממדרגה למדרגה מופחתים 2-3 אחוזים במדרגות החדשות ולא 5 אחוזים כפי שנעשה בעניין רייכרט. ראו בעניין זה גם בסעיף 57 לסיכום טענות החברה. ברור שהמרווח הגדול יחסית בין המדרגות, וההפחתה המתונה בשיעורי האחוזים ממדרגה למדרגה, מביאים לפסיקת שכר טרחה גבוה יותר.

<sup>48</sup> ראו: סעיפים 22-23 לחוק. שיקולים דומים בפסיקת גמול ושכר טרחה (ובכללם התחשבות בטרחה שטרחו המייצגים בהליך) הוצעו בטיטות תקנות החברות, שהוגשה על ידי שרת המשפטים לוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת. ראו בסעיפים 20-21 לטיטות התקנות, מוצג ב'.  
<sup>49</sup> ראו גם בדברי פלינט וויניצקי, לעיל, הערת שוליים 26, בעמודים 683-684: "השיטה המשלבת" (הכוונה לשיטת האחוזים כבסיס לפסיקת שכר הטרחה, תוך בחינה גם של הטרחה שטרחו המייצגים כבקרה על כך ששכר הטרחה שנפסק בשיטת האחוזים אינו מביא לתוצאה שאינה מידתית וראויה- י.ש.). "היא שעולה בקנה אחד עם לשון החוק שכן סעיף 23(ב2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, שבעת פסיקת שכר הטרחה יתחשב בית המשפט בין היתר במורכבות ההליך, הטרחה שטרח הכוח המייצג..."

**ומידת החשיבות הציבורית הגלומה בהליך... בעת פסיקת גמול ושכר טרחה יש משמעות אף ליצירת מדרג מבחינת שיעור הסכומים – וזאת בהתאם לשלב שבו הסתיים ההליך...".**

גם **בהלכת לנואל** (ביחס לתביעות נגזרות), לעיל, הערת שוליים 8, **נקבע מפורשות**, שיש להתחשב, בין היתר, ב- "היקף הטרחה", "השלב במשפט ואם המשפט הסתיים בפסק דין או בפשרה", "החשיבות הציבורית של התובענה", "מורכבות ההליך", "אופן הייצוג", "הפער בין סכום התביעה לתוצאה הסופית", ועוד.

47. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין מקום לשנות את ההלכה הפסוקה. כך, לא רק מהטעם שההלכה שנקבעה מתחייבת מההוראות המפורשות של החוק, אלא גם לאור **תכלית הדברים**. אכן, לשאלת התועלת לקבוצה/לחברה יש משקל רב בפסיקת שכר הטרחה. לא בכדי אומצה בהלכת רייכרט שיטת האחוזים כשיטה המובילה לפסיקת הגמול ושכר הטרחה, המתמקדת בשאלת התועלת לקבוצה, באשר שיטה זו מתמרצת את ב"כ המייצג "לפעול להשאת טובת הקבוצה, תוך שהוא פועל אף להשאת שכרו שלו" (סעיף 7). עם זאת, שאלת התועלת לקבוצה אינה חזות הכל, ונדרש לבחון את מכלול נסיבותיו של כל תיק, בהתאם לשיקולים שנקבעו בחוק ובפסיקה. **רק בחינה פרטנית ומדויקת שכזו תוכל להביא לפסיקת שכר טרחה וגמול שתשקף את מכלול ההיבטים הנדרשים, בכל תיק.**

48. עוד יטעים היועץ המשפטי לממשלה, שפסיקת שכר טרחה וגמול על פי שיטת האחוזים בלבד, תוך התעלמות מיתר הנסיבות עלולה להביא לפסיקת סכומים גבוהים מאוד מבחינה אבסולוטית, שאינם מידתיים ואינם הולמים את **מכלול הנסיבות ואת מידת טרחת המייצגים בהליך**, וגם אם אחוז שכר הטרחה אינו נראה כאחוז גבוה. למשל, יתכנו מקרים שבהם הקבוצה או החברה יקבלו סכומים גבוהים במסגרת הסדר פשרה שהושג בזמן קצר, ותוך מאמץ מינימלי מצד המייצגים (ולעיתים אף תוך הסתמכות על פעולות מנהליות או פליליות של גורמי האכיפה המוסמכים).<sup>50</sup> האם במקרים כאלה קיימת הצדקה לשכר טרחה של מיליוני שקלים, רק על בסיס שיטת האחוזים? **לעמדת היועץ המשפטי לממשלה – התשובה לכך שלילית.** ראו גם פלינט וויניצקי, לעיל, הערת שוליים 26, בעמוד 679: "הגשת תביעה ייצוגית מוצלחת- חשובה ככל שתהיה- אינה שקולה לזכייה בפיס ואינה אמורה להביא להתעשרות של הצדדים המעורבים בן לילה..." והכל כמובן, בהתאם ובכפוף לבחינת מכלול נסיבות המקרה הפרטני.

49. היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור שההלכה הפסוקה המתחשבת במשך ההליך, יוצרת "תמריץ שלילי להתפשרות מהירה ותעודד דווקא סחבת והתמשכות ההליך המשפטי" (סעיף 56 לסיכום התובעים), שהרי כידוע, המציאות היא, שרוב ההליכים הייצוגיים בארץ מסתיימים בבקשות הסתלקות ובהסכמי פשרה: למשל, בין השנים 2006 ל- 2012, כ- 72 אחוזים מההליכים הייצוגיים, הסתיימו בהסתלקויות או בפשרות, עוד לפני שבית המשפט אישר את הגשת התובענה הייצוגית!<sup>51</sup> גם תביעות נגזרות לא מעטות מסתיימות בהסכמי פשרה. הבעיה לא פעם היא הפוכה: הסדרי פשרה שמוגשים למען רווח מהיר של המייצגים, על חשבון מיצוי זכויותיהם של חברי הקבוצה, תוך שמתממשת בהם בעיית הנציג.<sup>52</sup> גם מטעם זה נדרש לבחון באופן מדוקדק את הנסיבות הפרטניות ולא לקבוע את שכר הטרחה רק על בסיס אחוזים מהסכום שנפסק לקבוצה. כפי שציין קלמנט: **"הגדלת אחוז שכר הטרחה עם התקדמות התביעה תביא לדילול תמריצי היתר לפשרות מוקדמות ונמוכות."**<sup>53</sup> כמובן, אם במקרה קונקרטי מסוים, בית המשפט יסבור

<sup>50</sup> ראו למשל בעניין תנ"ג (מחוזי תל אביב) 815-09-13 לנואל נ' מאור, בסוף סעיף 92 (פורסם בנבו, 14.9.2016).

<sup>51</sup> ראו: אלון קלמנט, "קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבלוס, ורוני אבישר-שדה, תובענות ייצוגיות בישראל- פרספקטיבה אמפירית (2014) (מפורסם באתר בית המשפט העליון), בעמוד 21. להלן: "פרספקטיבה אמפירית" (יצוין, כי המחקר מתייחס לשנים 2006-2012, כאמור למעלה).

<sup>52</sup> היועץ המשפטי לממשלה לא טוען שבכך מדובר כאן, ובית משפט קמא שיבח את ניהול ההליך על ידי המייצגים, כאמור לעיל.

<sup>53</sup> אלון קלמנט, לעיל, הערת שוליים 41, בעמוד 173.

שהמייצגים נקטו ב- "סחבת" בניהול ההליך רק בכדי להגדיל את שכרם, הוא יוכל לתת ביטוי לכך בפסיקת שכר הטרחה והגמול.

50. לבסוף, למען שלמות התמונה יוער, שמחקרים שנערכו בארצות הברית מלמדים, שלצד נטיית בתי המשפט שם לקבוע את שכר הטרחה בתביעות ייצוגיות בשיטת האחוזים, עם זאת, "בתי המשפט טורחים ובודקים את כמות השעות שהשקיעה עורכת הדין בתביעה ונתונים אחרים המעידים על תשומותיה".<sup>54</sup> כן נמצא כי: "השיטה הנפוצה ביותר בארצות הברית אינה שיטת האחוזים כי אם השיטה המשולבת".<sup>55</sup>

## 1. טענת התובעים שיש לקבוע אחוזי שכר טרחה גבוהים יותר בישראל, תוך השוואה לארצות הברית

51. התובעים טוענים (סעיפים 72-78 לסיכומם), שעל בית המשפט להגדיל את שיעורי שכר הטרחה בישראל, בתביעות ייצוגיות ונגזרות, תוך השוואה למקובל בארצות הברית. נטען, שהדבר דרוש בכדי לעודד אכיפה אזרחית יעילה.

52. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיש לבחון כל מקרה לגופו, בהתאם לשיקולים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה כמפורט לעיל, ובהתאם לנסיבות הפרטניות, כפי שגם נעשה בענייננו על ידי בית משפט קמא הנכבד. על כן, היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור שיש מקום לקביעה הכללית המוצעת על ידי התובעים.

53. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף, שאכן חשוב לפסוק שכר טרחה וגמול בסכומים ראויים, במקרים המצדיקים זאת, באופן שיתמרץ הגשת תביעות ראויות התורמות לאינטרס הציבורי, שהרי, כידוע, שכר הטרחה והגמול הוא בבחינת הדלק שמניע את מוסד התובענות הייצוגיות והנגזרות. גם בענייננו, קיימת חשיבות לפסיקת שכר טרחה וגמול ראוי, בהתאם למשאבים והמאמצים שהשקיעו המייצגים בהליך ולנוכח התועלת שהושגה לטובת החברה והאינטרס הציבורי, כמפורט לעיל. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור, שלשם כך נדרש לקבוע אחוזי שכר טרחה גבוהים מהמקובל בארץ (וכאמור, היועץ המשפטי לממשלה יותיר את ההכרעה הקונקרטית לשיקול דעת בית המשפט הנכבד).

54. בנוגע לטענות התובעים (בסעיף 74 לסיכומם) על המקובל בארצות הברית, יש להטעים, שבשונה מטענותיהם על ממוצע שכר טרחה בארצות הברית של 25%-33%, הרי שפלינט וויניצקי<sup>56</sup> מצביעים על כך, שהגם שהנתונים משתנים מבדיקה לבדיקה ומתקופה לתקופה, הממוצע בארצות הברית נע בין 23% ל-25%, כך שהסכומים אינם גבוהים בהרבה, אם בכלל, מממוצע שכר הטרחה בארץ.<sup>57</sup> כמו כן, כפי שנפסק, אין למהר ולהקיש מכל דבר שמקובל בארצות הברית בתחום התובענות הייצוגיות והנגזרות ולהחילו בישראל, היות וקיימים הבדלים בין שיטות המשפט וצריך להתאים את הדברים לדין הישראלי, לאקלים שבו הוא פועל ולמשק הישראלי.<sup>58</sup> כאמור, בחינת "שוק" התובענות הייצוגיות והנגזרות בישראל

<sup>54</sup> אלון קלמנט, לעיל, הערת שוליים 41, בעמוד 171 ובהפניות בהערות השוליים שם.

<sup>55</sup> פלינט וויניצקי, לעיל, הערה 26, בעמוד 683. הם עמדו על כך שבין השנים 2003 ל-2008 42.8% מבתי המשפט בארצות הברית יישמו את השיטה המשולבת, כאשר הדבר נעשה לרוב על ידי חישוב ראשוני בשיטת האחוזים ובדיקת התוצאה באמצעות שיטת שעות העבודה. ראו באסמכתאות שם.

<sup>56</sup> לעיל, הערת שוליים 26, בעמוד 686, ובהערת שוליים 426 שם. ראו גם באסמכתאות שם.

<sup>57</sup> פלינט וויניצקי, לעיל, הערה קודמת, ציינו, שהממוצע בארץ עומד על 20 אחוזים לשכר טרחה, תוך הפניה לפרספקטיבה אמפירית, לעיל, הערת שוליים 51. אולם, ראו פרספקטיבה אמפירית, בעמוד 27, שם נמצא במחקר שנערך, כי במקרים שבהם ניתן לקבוע המיוצגת סעד שניתן להעריך את שווי הכספי, שיעור שכר הטרחה בארץ עומד על ממוצע של 27.6 אחוזים, משווי הסעד שניתן לקבוע. לפי זה אחוזי שכר הטרחה בארץ אינם נופלים בהכרח מאחוזי שכר הטרחה הנפסקים בארצות הברית. ראוי לציין, שהמחקר הני"ל מתייחס לשנים 2006-2012, אולם לא מצוי בדינו מחקר עדכני יותר בנוגע לאחוזי שכר הטרחה הנפסקים בישראל, ולמיטב הידיעה, האחוזים המקובלים בפסיקת שכר טרחה וגמול בארץ לא פחתו בשנים האחרונות.

<sup>58</sup> ראו רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ פ"ד מט(5) 774, 789-790 (26.5.1996), בפסיקת הנשיא ברק, בנוגע לשאלה האם יש לאפשר ל- "משקיע המתוחכם" להגיש תביעה ייצוגית: "המשק שלנו שונה מהאמריקני, והדין אצלנו אינו זהה לאמריקני. יהא הדין בארצות-הברית אשר יהא, אני סבור כי כדי להגשים את מטרות התובענה הייצוגית יש לאפשר בישראל גם למשקיע המתוחכם להגיש תובענה ייצוגית". כן ראו יוסף גרוס חוק החברות 2016 (מהדורה חמישית מורחבת), בעמוד 410: "בתי המשפט בארץ הנוטים לעשות שימוש רב במשפט המשווה מקפידים

מלמדת, שאין הצדקה להעלאת סכומי שכר הטרחה והגמול המקובלים הממלאים את תכליתם כזאת. בנוסף, בהתאם להוראות החוק המפורשות, מחויבת בחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה על נסיבותיו, כאמור לעיל וכפי שצינו פלינט וויניצקי, לעיל, הערה 26 (בעמודים 686-687): **"שיטה זו של קביעת כלל אצבע אינה מתאימה לדין הישראלי מאחר שהמחוקק הגדיר קריטריונים שבית המשפט מחויב להתחשב בהם... והם מחייבים התחשבות בנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה"**.

## ז. האם יש לפסוק שכר טרחה וגמול בשיטת נטו או ברוטו?

55. בית משפט קמא גזר את שכר הטרחה והגמול בענייננו, בשיטת האחוזים, מסכום הפיצויים שניתן במסגרת הפרשה לחברה, וזאת בשיטת "נטו": **"שכר הטרחה והגמול חושבו בהתאם לסכום נטו שיוותר בידי החברה לאחר תשלום הגמול ושכר הטרחה..."** (סעיף 2 לפסק הדין).

56. התובעים סבורים, שטעה בכך בית משפט קמא היות ולשיטתם, חישוב נטו, **"אינו משקף את המציאות ומפחית מלאכותית את שכר הטרחה"**, וכן **"אינו הגיוני ואינו הוגן"** (סעיפים 22-23 לסיכומם). מנגד, החברה סבורה, שצדק פסק הדין בנקיטתו בשיטת הנטו, העולה לדבריה, מהלכת רייכרט (סעיפים 62-63 לסיכום טענות החברה).

57. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שצדק בית משפט קמא בקביעת שכר הטרחה והגמול בשיטת הנטו.

58. ראשית, מטרתו של הגמול ושכר הטרחה הינה לתמרץ הגשת תובענות ראויות שיקדמו את האינטרס של הקבוצה/החברה ואת האינטרס הציבורי.<sup>59</sup> עיקרון זה הוא הבסיס לשיטת האחוזים שנקבעה בהלכת רייכרט, כאשר, ככל שהקבוצה המיוצגת (או החברה) מקבלת פיצויים גבוהים יותר, גם שכרם של המייצגים עולה וכך המייצגים מתומרצים להשיא את טובת הקבוצה/החברה. ראו בפסק דין רייכרט, בסעיף 7. מטעם זה, נקבע, ששכר הטרחה יקבע באחוזים מהסכום שנגבה בפועל על ידי הקבוצה, על מנת לתמרץ את המייצגים למצות את גביית הכספים לטובת הקבוצה/החברה.

59. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שיישום עקרונות חשובים אלה צריך להביא לאימוץ שיטת הנטו, כלומר שהגמול ושכר הטרחה צריכים להיגזר מהתועלת הישירה והנקייה, שהפיקה הקבוצה/החברה מהתובענה. ברור, שסכומי הגמול ושכר הטרחה אינם צריכים להיחשב כתועלת לקבוצה/לחברה, שהרי הם מועברים לכיסם של המייצגים ולא לקבוצה/לחברה. ממילא, יש לגזור את הגמול ושכר הטרחה, מהסכומים שיישאו בידי הקבוצה/החברה, כך שישורר יחס הולם בין התועלת שהפיקה הקבוצה/החברה מהתובענה, לשכר שניתן למייצגים. הכללת שכר הטרחה בתוך התועלת לקבוצה/לחברה אינה מתמרצת את המייצגים להשיא את התועלת האמיתית לקבוצה וגם עלולה להביא להעלאה מלאכותית של שכר הטרחה והגמול, על חשבון הסכום שיועבר לטובת הקבוצה/החברה, שהיא התכלית העיקרית של התובענה.<sup>60</sup> הגמול ושכר הטרחה הם התמרץ להגשת התובענה הניצב בצד האחד של המשוואה, כאשר בצד השני של המשוואה ניצבת התועלת לחברה/לקבוצה שהיא הקריטריון ממנו צריכים להיגזר שכר הטרחה והגמול.

60. שיטת הברוטו גם תביא לפסיקת שכר טרחה בכפל, שהרי הכללת שכר הטרחה בסכום הפיצויים שממנו נגזרים שכר

גם על הדגשת עצמאות מערכת השיפוט הישראלית ועל הזהירות שיש לנקוט עת מאמצים הסדרים שאובים מהפסיקה האמריקנית בנושא תובענות ייצוגיות".

<sup>59</sup> ראו ע"א 8037/06 ברזילי נ' פריינר (פורסם בנבו, 2014), בסעיף 93 לפסק הדין של כב' השופט מלצר; ע"מ 2978/13 מי הגליל נ' יונס (פורסם בנבו, 23.7.2015), בסעיף כ"א לפסק הדין של כב' השופט רובינשטיין.

<sup>60</sup> גם בענייננו, כל סכום שניתן לשכר טרחה, גורם להפחתת סכום הפיצויים לחברה, בהתאם להוראות הסדר הפרשה שאושר.

הטרחה והגמול פירושו למעשה, שמשולם שכר טרחה על שכר הטרחה.

61. ניתן לערוך היקש בעניין זה, מפסיקת בית המשפט הנכבד בנוגע לשכרם של בעלי תפקיד בהליכי פירוק. ראו בפסק דין כהן<sup>61</sup> שם נדונה השאלה: **"כיצד יש לחשב שכר טרחת נאמן עבור 'תקבולי מימוש' לפי תקנה 8 לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981... האם 'מלמעלה' או 'מלמטה', מלגו או מלבר, מהברוטו או מהנטו, קרי, תוך נטרול רכיב שכר הטרחה?"** (סעיף 1). כלומר, האם שכר הטרחה לנאמן נגזר רק מתקבולי המימוש המיועדים לתשלום לנושים (שיטת הנטו), או שיש לחשב בכלל תקבולי המימוש (מהם נגזר שכר הטרחה) גם את הסכומים שהופרשו לשכר טרחת הנאמן. פסק הדין מכריע, שיש לאמץ את שיטת הנטו. ראו בסעיף 14:

**"הגיונם של דברים, כי מכל שקל שנכנס לקופה כתקבולי מימוש, יש 'להפריש' את הסכום המגיע לנאמן על פי מדרגות שכר הטרחה להן הוא זכאי. איני רואה הגיון בשיטתם של הנאמן... לפיה יש לגזור את שכר הטרחה מהסכום הכולל הן את הסכום המיועד לנשייה והן את הסכום שנצבר 'בצד' עבור שכר טרחה. שיטה זו אינה אלא חישוב שכר טרחה על שכר טרחה."**<sup>63</sup>

יוער, כי היועץ המשפטי לממשלה אינו נדרש כאן ואינו מביע עמדה בנוגע לכל היבטיו וקביעותיו של פסק דין כהן. ענייננו כאן מצומצם לשאלת פסיקת שכר טרחה בשיטת ה- "נטו", ופסיקת בית המשפט הנכבד בעניין כהן בסוגיה זו, מחזקת את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך דנן.

טעם נוסף לאימוץ שיטת הנטו בנוגע לשכר בעלי תפקיד בהליכי פירוק הוטעם בפסיקה המחוזית.<sup>64</sup> הוסבר, ששיטת הברוטו תביא לכדי: **"פגיעה בנושים ולהפחתת הדיוידנד שמחולק להם, תוך השאת שכר טרחת בעלי התפקיד..."**<sup>65</sup> **והדברים יפים גם לענייננו**. גם בתובענות ייצוגיות ונגזרות, אין מקום לפסיקת "שכר טרחה על שכר טרחה"; גם בענייננו, שכר הטרחה צריך להיגזר מהתועלת שניתנה לקבוצה/לחברה ואין מקום להעלות את שכר הטרחה באופן מלאכותי על ידי הכללת שכר הטרחה בגדר התועלת לקבוצה בדומה לכך שהוא אינו נכלל בתקבולי המימוש או בחלוקה בפועל לנושים, כפי שנפסק; וגם בענייננו אין לפגוע בקבוצה או בחברה, על ידי הפחתת הפיצויים שיוותרו להם (שהם התכלית העיקרית של התובענות) לאחר תשלום שכר הטרחה, כפועל יוצא משיטת הברוטו, שעלולה להפר את האיזון ההולם בין שכר הטרחה, לבין התועלת לחברה או לקבוצה.

62. היועץ המשפטי לממשלה יבקש **לדחות** את ההשוואה לה טוענים התובעים, בין העניין שלפנינו, לקביעת שכר טרחה בתביעות אישיות המסוכים בין תובעים לעורכי דינם, בשיטת האחוזים.<sup>66</sup> נטען, שמקובל, ששכר הטרחה שמסוכים כאמור בשיטת האחוזים מחושב בשיטת הברוטו (כלומר, אם בתביעה נפסק לתובע סך של 100,000 ש"ח, והוסכם על שכר טרחה של 30 אחוזים, עורך הדין יקבל סך של 30 אלף ש"ח).

**היועץ המשפטי לממשלה סבור שיש לדחות השוואה זו, שאינה ממין העניין.** בהסכם שכר טרחה שבין תובע אישי לבא

<sup>61</sup> ע"א 3133/18 כהן נ' קוזימיאקין (פורסם בנבו, 4.4.2019).

<sup>62</sup> להלן: **"תקנות המפרקים"**.

<sup>63</sup> יצוין, שפסק דין כהן עסק בשאלת שכר הטרחה במסלול של תקבולי מימוש לפי תקנה 8 לתקנות המפרקים, אך, עוד קודם לכן, נקבע בפסיקה המחוזית, ביחס לשכר הטרחה במסלול של חלוקה בפועל לפי תקנה 8 לתקנות המפרקים, שיש לאמץ את שיטת הנטו. ראו: סעיף 11 לפסק דין כהן. בפסיקה המחוזית ראו: פר"ק (ת"א) 59327-10-15 כל בו לבניין מאיר המהיר (1992) בע"מ נ' כונס נכסים רשמי תל אביב ואח' (פורסם בנבו, 19.3.2017), בסעיף 11.2; פר"ק (מרכז) 31163-01-16 גינדס נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2018), בסעיף 20 לפסק הדין.

<sup>64</sup> ביחס לשכר טרחה למפרקים במסלול של חלוקה בפועל, לפי תקנה 8 לתקנות המפרקים. ראו הערה קודמת.

<sup>65</sup> עניין כל בו לבניין, לעיל, הערת שוליים 63.

<sup>66</sup> ראו סעיפים 53-56 לכתב הערעור.



כוחו מדובר במערכת היחסים הפרטנית שביניהם וזכותם להגיע לכל הסכמה העומדת בגדרי הדין ותקנת הציבור, ובכלל זה הם רשאים, ככלל, להסכים, לחישוב שכר טרחה בשיטת הברוטו. לעומת זאת, בתובענות ייצוגיות ונגזרות, שכר הטרחה נקבע באופן בלעדי על ידי בית המשפט,<sup>67</sup> בהתחשב עם "בעיית הנציג", ובשיקולים ציבוריים העומדים בליבת מוסדות התובענה הייצוגית והנגזרת. על כן, בתביעות אלה אין מקום לנקוט בשיטת הברוטו, המביאה להעלאת שכר הטרחה באופן מלאכותי על ידי זקיפתו כחלק מהתועלת של ההליך, באופן שאינו משקף כיאות את מידת התועלת האמיתית שהביאה התביעה לחברה או לקבוצה, ולקידום האינטרס הציבורי, כתוצאה מההליך המשפטי.

63. ראוי לציין, למען שלמות התמונה, שבמקרה הקונקרטי שנדון בעניין רייכרט, לעיל, הערה 10, שכר הטרחה נפסק בשיטת הברוטו,<sup>68</sup> כפי שצוין גם בפסק דינו של בית משפט קמא (בעמודים 4-5). עם זאת, יש להדגיש שקביעה זו לא נפסקה כחלק מההלכה העקרונית והכללית שנקבעה בעניין רייכרט ולא נומקה כלל בפסק הדין שם והיא נלמדת רק מתוך דקדוק בהוראות המעשיות של פסק הדין ביחס למקרה הקונקרטי. על כן, הפסיקה בשיטת הברוטו בעניין רייכרט גדורה לנסיבות הקונקרטיות, ואינה מחייבת באופן כללי. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שככלל, יש לפסוק גמול ושכר טרחה בתובענות ייצוגיות ונגזרות, בשיטת הנטו. על כן, לעמדתו, צדק בית משפט קמא, כשפסק בשיטת הנטו.

64. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לאמץ את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בשאלות העקרוניות שפורטו. כאמור, היועץ המשפטי לממשלה יותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את השאלה האופרטיבית הקונקרטית של פסיקת הגמול לתובעים ושכר הטרחה לבאי כוחם, המדויקת, בהליך שלפנינו.

אליהו

יואב שחם, ע"ד  
המחלקה האזרחית  
פרקליטות המדינה

היום: ט"ו חשון ה'תש"פ; 13.11.2019

<sup>67</sup> ראו לעיל, בסעיף 17 לסיכום טענות זה ובהערת שוליים מספר 16.  
<sup>68</sup> ראו בסעיף 15 לפסק דין רייכרט, שהסכומים שהופקדו בחשבון הנאמנות לטובת הקבוצה ולטובת שכר הטרחה כאחד עמדו על סך של 16.6 מיליון ש"ח, ובסעיף 18 נפסק, שאחוזי שכר הטרחה שנקבעו בפסק הדין נגזרו מהסכום הזה, הגם שהוא כולל בתוכו את סכום שכר הטרחה, שכר הטרחה ישולם מתוך חשבון הנאמנות האמור ולא בנוסף אליו, ורק יתרת הכספים שתיוותר בחשבון לאחר תשלום שכר הטרחה, תחולק לחברי הקבוצה.