



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

לפני כבוד השופט, פרופ' עופר גרוסקופף

- | | |
|--|----------------|
| <p>1. איפקס חיתום וניהול הנפקות בע"מ</p> <p>2. אנליסט חיתום והנפקות בע"מ</p> <p>3. אלטשולר שחם ניהול חיתום והשקעות בע"מ</p> <p>4. אחריות חיתום 1993 בע"מ</p> <p>5. י.א.צ. השקעות ונכסים בע"מ</p> <p>6. רבבות חיתום בע"מ</p> <p>7. לביא את לביא חיתום השקעות בע"מ</p> <p>8. אינווסט-פרו - ייזום וקידום הנפקות 1993 בע"מ</p> <p>9. ורד דורות חברה לחיתום (1993) בע"מ</p> <p>באמצעות ב"כ עו"ד ניר כהן, עו"ד רוני לפן ועו"ד רועי מסורי</p> | <p>המבקשים</p> |
|--|----------------|

נגד

- | | |
|--|----------------|
| <p>1. הראל נהול קרנות בע"מ</p> <p>2. אשר ספיר</p> <p>באמצעות ב"כ עו"ד גיל רון, עו"ד אהרן רבינוביץ ועו"ד יעקב אביעד</p> | <p>המשיבים</p> |
|--|----------------|

- | | |
|--|-------------------------------|
| <p>1. לנדמארק גרופ בע"מ</p> <p>2. נמרוד טבי</p> <p>3. יוסף עוז</p> <p>4. דן טוחנר</p> <p>5. יובל טוביאס</p> <p>6. רמזי גבאי</p> <p>7. שמרית ורשבסקי</p> <p>באמצעות ב"כ עו"ד נדב וייסמן ועו"ד רון פלג</p> | <p>המשיבים
הפורמאליים</p> |
|--|-------------------------------|

החלטה בבקשה לסילוק על הסף

1. לפני בקשה לסילוק על הסף של בקשה לאישור תובענה ייצוגית בניירות ערך. בקשה זו מעוררת שאלה עקרונית ורבת חשיבות בדיני התובענות הייצוגיות: האם תובע שהסעד הכספי המבוקש על ידו משמעותי, ודי בו כדי להצדיק הגשת תביעה אינדיווידואלית, יכול

עמוד 1 מתוך 16



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

להגיש בקשה להכרה בתביעתו כתובענה ייצוגית. לשאלה זו חשיבות מיוחדת בהקשר של דיני ניירות ערך, שכן אם חסומה דרכו של תובע שסבל נזק משמעותי לזוים תובענות ייצוגיות, משמעות הדבר היא שמשקיעים מוסדיים מנועים מלהשתמש במכשיר התובענה הייצוגית.

רקע

2. התובענה בה עסקינן הוגשה על ידי חברת הראל פיא קרנות נאמנות בע"מ (להלן: "**חברת הראל**") ומר אשר ספיר (להלן: "**מר ספיר**"; ויחדיו: "**התובעים**") כנגד חברת לנדמארק גרופ בע"מ (להלן: "**החברה**" או "**חברת לנדמארק**") והאורגנים בחברה (המשיבים הפורמאליים בבקשה זו) וכנגד נתבעים נוספים (חתמי הנפקה שעשתה החברה, שהם המבקשים בבקשה הנוכחית. להלן: "**חתמי ההנפקה**" או "**המבקשים**"). עילת התובענה היא מתחום דיני ניירות ערך. טענת התובעים היא כי חברת לנדמארק גייסה כספים באמצעות תשקיף שכלל פרטים מטעים.

3. בתמצית, הנטען בתובענה הוא כדלהלן:

א. חברת לנדמארק הינה חברה ציבורית הנסחרת בבורסה לניירות ערך שבתל-אביב. החברה גייסה ביום 21 במאי 2007 באמצעות הנפקת ניירות ערך מסוגים שונים כספים מן הציבור בהיקף של כ- 170 מיליון ₪ (להלן: "**ההנפקה**").

ב. חברת הראל רכשה במועד ההנפקה יחידות בסך 1,119,195 ₪ עבור קרן הנאמנות פיא (2B)-30/70 שבניהולה ורכשה במועדים אחרים אגרות חוב (סדרה 3) בסכום כולל של 655,588 ₪ עבור פיא. סך השקעת חברת הראל עומד על 1,774,783 ₪. מר ספיר שהינו משקיע בשוק ההון רכש במועדים שונים בבורסה אגרות חוב (סדרה א') בסך 31,000 ₪ עבורן הוא שילם 18,172 ₪.

ג. התשקיף שפרסמה חברת לנדמארק במסגרת ההנפקה הטעה את המשקיעים בכך שכלל פרטים מטעים ביחס לטיב ושווי מקרקעין של חברת לנדמארק בארה"ב, וכן ביחס לעסקת בנייה באותם מקרקעין (שלא יצאה בסופו של דבר אל הפועל).



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

ד. עילת התביעה העומדת לתובעים מיוגנת בסעיף 31(א)(1) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, שכותרתו "אחריות לנזק בשל פרט מטעה בתשקיף" ("פרט מטעה", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק ניירות ערך) ובסעיף 56 לפקודת הנויקין (נוסח חדש), שכותרתו "תרמית".

4. בד בבד עם הגשת התובענה הוגשה בקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: "החוק"). הסכום שנתבע בתובענה הייצוגית הוא הסכום שגויס בהנפקה בתוספת ריבית והצמדה, סכום העומד על 194,176,421 ₪.

5. חתמי ההנפקה עותרים לסלק את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית על הסף ולחייב את התובעים בהוצאות. ביסוד בקשתם עומדת הטענה כי אין מקום לאפשר שימוש בכלי הדיוני של תובענה ייצוגית לטובת תובעים, אשר סכום תביעותיהם האישיות גבוה (קרוב ל- 1.8 מיליון ₪), ודי בו כדי להצדיק מבחינה כלכלית גם ניהולה של התדיינות "רגילה". החברה והאורגנים בה, המשיבים הפורמאליים, נמנעו מלנקוט עמדה בבקשה זו. מטבע הדברים, חברת הראל ומר ספיר, התובעים, מתנגדים לבקשה לסילוק על הסף.

טענות הצדדים

6. טענתן המרכזית של המבקשים היא שהבקשה לאישור התובענה כייצוגית אינה עומדת בתכליתו של חוק תובענות ייצוגיות. לשיטת המבקשים תובענה ייצוגית היא הליך יוצא דופן – נשק בלתי קונבנציונלי, שיש לנקוט בו באין דרך אחרת. הליך זה מיועד למקרים בהם תביעה פרטנית אינה מעשית או אינה יעילה בשל הסכומים הקטנים שיכול לתבוע כל נפגע בודד. ברור בעליל כי לא זהו המקרה בענייננו. סכום התביעה האישי של המשיבה 1, "אסטרונומי". אף לגרסת חברת הראל מדובר בכ- 1,800,000 ₪, ובפועל עומד הסכום על מועל ל-15,000,000 ₪, בהתחשב בכלל הסכומים שנקנו בהנפקה זו על ידי קרן הנאמנות פיא (2B)-30/70, ועל ידי 6 קרנות נוספות שבניהולה של חברת הראל. סכום זה בוודאי מצדיק הגשת תובענה אזרחית "רגילה". גם סכום תביעת מר ספיר (18,172 ₪), גבוה דיו להצדיק תביעה אזרחית, ומכל מקום יש לבחון את סכום התביעה של כל התובעים במצטבר.

המבקשים סומכים טענותיהם על מספר לא מבוטל של פסקי-דין שניתנו בבתי המשפט המחוזיים (הן לפני חקיקת החוק והן לאחריו) בהם נדחו לשיטתם בקשות לאישור



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

תובענה כייצוגית מהטעם שלתובע היה אינטרס כספי מספיק על מנת לנהל תובענה "רגילה". עוד מתבססים המבקשים על הלכות שיצאו מבית המשפט העליון, ובעיקר על רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. פ"ד נו(3) 220 (להלן: "עניין א.ש.ת.") ועל ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח שמש (ניתן ב- 7.6.2007) (להלן: "עניין רייכרט"), בהם הובהר לשיטתם שתכליתה של התובענה הייצוגית מצדיקה לעשות בה שימוש רק כאשר אין כדאיות כלכלית להגשת תביעות אינדיבידואליות.

7. לטענת התובעים אין ממש בטענה כאילו לא ניתן לעשות שימוש בהליך של תובענה ייצוגית כאשר סכום התביעה האישית של התובע גבוה. חוק תובענות ייצוגיות מטפל בבעיית תת-אכיפה של נורמות משפטיות הנובעות בין היתר מפערי מידע, פערי עוצמה או סכומי תביעה נמוכים, ובעיות אלו יכולות להתעורר גם כאשר קיים תובע "חזק" שסכום תביעתו גבוה. יחידים שניזוקו משמעותית מהטעיה בתשקיף עשויים לא להגיש תביעות אישיות. מדובר בתביעה מורכבת, כנגד גופים רבי עוצמה, הכרוכה בהשקעת משאבים רבים. התובענה הייצוגית היא כלי חשוב שניתן לציבור המשקיעים כדי לעמוד על זכויותיו. בנוסף התובענה הייצוגית נועדה להקל על העומס בבתי המשפט ולמנוע מצב של פסיקות סותרות (עקב ניהול מספר תביעות אינדיבידואליות נפרדות). ומכל מקום, גם לו היה ספק בהתאמת חברת הראל כתובעת ייצוגית, החוק מורה כי ניתן להעמיד תובע אחר תחתיה.

התובעים תוקפים את האסמכתאות המשפטיות של המבקשים וטוענים שבחלקן אינן רלוונטיות, ובחלקן הן מתייחסות למצב לפני תיקון החוק. כמו-כן, התובעים טוענים כי הכלל לעניין סילוק על הסף הוא כי אין מקום לדון בנפרד בבקשה לסילוק על הסף בהליך של אישור תובענה ייצוגית, משום ששאלה זו ראוי לה שתיבדק במסגרת בחינת התנאים לאישורה של התובענה הייצוגית. לעניין זה מפנים הם להלכה לפיה צו לסילוק על הסף של תובענה ייצוגית יינתן, אם בכלל, במקרים חריגים וקיצוניים, כאשר ברור שאין בבקשה ולא כלום (רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, פ"ד נה(5) 276, 290 (2001); רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר און השקעות בע"מ (ניתן ביום 13.8.2007); רע"א 5154/08 קוסט פורר גבאי את קסירר רו"ח נ' קדמי (ניתן ביום 2.4.2009)).

עמוד 4 מתוך 16



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

דיון והכרעה

8. תובענה ייצוגית היא מכשיר אשר נועד להתמודד עם כשלים הקיימים במנגנון ההתדיינות ה"רגיל". כפי שהבהיר המלומד, פרופ' אלון קלמנט:

"מוסד התביעה הייצוגית נועד לספק פתרון לבעיה שהחברה נתקלת בה כאשר היא מנסה לקדם שתיים מהמטרות החשובות של הדין המהותי: הרתעה ופיצוי. ... דא עקא, השגת מטרות אלה במשפט הפרטי דורשת שהנפגע יתבע את האחראי לנזקו. במצבים שבהם נזק זה נמוך מהעלויות הכרוכות בפנייה לבית-המשפט ובניהול התביעה יעדיפו ניזוקים רבים "לספוג" את הנזק הנמוך על-מנת לא להיאלץ להוציא סכומים גדולים יותר מכיסם. מטרתה של התביעה הייצוגית במקרים אלה היא לאפשר ריכוז תביעות פרטניות רבות כאלה בתביעה אחת באופן שניהולה של התביעה יהיה כדאי לעורכי-דין ולתובעים החברים בקבוצת הנפגעים, ולהשיג באמצעות תביעה זו הרתעה ופיצוי ראויים."

אלון קלמנט, "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים – בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387, 390 - 391 (2004) (להלן: "קלמנט, התביעה הייצוגית כמכשיר").

9. המקרה ה"קלאסי", בו מתקיים כשל דיוני המצדיק שימוש במכשיר התובענה הייצוגית, הוא זה בו הפגיעה בה עסקינן מפוזרת על פני מספר רב של נפגעים, באופן שלאיש מהם אין אינטרס מספיק על מנת להגיש תביעה אישית. עמדה על כך הנשיאה דורית ביניש בפסק דינה בעניין א.ש.ת.:

"התובענה הייצוגית נועדה, בשל אופייה הדיוני המיוחד, לשמש בעיקר ככלי עבור "האזרח הקטן" במאבקו נגד התאגידים הכלכליים הגדולים ולסייע בבעיות מובנות של תת-אכיפה בארגונים אלה. על-כן התובענות הייצוגיות הקלאסיות נועדו להתגבר על מצבים שבהם כל פרט בקבוצה סבל נזק קטן ביותר,



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

שאלמלא התאגדות הקבוצה כולה בדרך של תובענה ייצוגית לא היו
לו עניין ויכולת כספית לתבוע בגין נזקו. (עניין א.ש.ת., בעמוד
278).

כך כעניין כללי, וכך גם ביחס למגזר של תובענות ייצוגיות בדיני ניירות ערך. כפי שציינה
הנשיאה בייניש בעניין רייכרט ביחס לתובענה ייצוגית בניירות ערך:

"התובענה הייצוגית מקלה על גישתו של המשקיע "הקטן" לבית
המשפט, בכך שהיא מסדירה את ייצוגם של משקיעים שונים בידי
תובע מייצג אחד ואיחודן של תביעות רבות המבוססות על זכות
(אישית) דומה לכלל תביעה קולקטיבית. היא מציידת את
המשקיע בכלי יעיל וזול לשמירה על זכויותיו אף כאשר הנזק
שנגרם לו הוא קטן-יחסית ואינו מצדיק הגשת תביעה נפרדת. היא
שואפת להשגת שוויון במאזן הכוחות בין המתדיינים." (פסקה 9
בפסק דינה של הנשיאה בייניש).

10. אין חולק כי המקרה שלפני איננו תואם את תבנית המקרה ה"קלאסי". חברת הראל
איננה לא "האזרח הקטן" ולא "המשקיע הקטן", אשר הנזק שנגרם להם איננו מצדיק
ניהול תביעה "רגילה". המדובר במשקיע מוסדי, אשר הנזק לו הוא טוען נאמד במיליוני
שקלים חדשים. השאלה העומדת ביסוד הבקשה שלפני היא האם גם במקרה "א-קלאסי"
מסוג זה ניתן לאפשר שימוש בהליך התובענה הייצוגית. עמדת המבקשים היא בשלילה
גורפת. לשיטתן אין לאפשר לתובע שזקו משמעותי, ומצדיק ניהול התדיינות
אינדיווידואלית, להגיש את תביעתו כייצוגית. משום כך יש לדחות את הבקשה להכרה
בתובענה כייצוגית על הסף.

11. אין דעתי כדעת המבקשים. לשיטתי, הן כעניין של דין רצוי והן כעניין של דין מצוי, יתכנו
מצבים בהם יש להכיר בתובענה כייצוגית גם לבקשתו של מי שנגרמה לו פגיעה
משמעותית. כך במקרה הכללי, וכך אף ביתר שאת כאשר עסקינן בבקשה של משקיע
מוסדי להכרה בתובענה בניירות ערך כתובענה ייצוגית. להלן אבהיר את הטעמים שביסוד
גישתי. בשלב הראשון אתייחס לשיקולי המדיניות, לאחר-מכן להוראות החוק ובשלב
האחרון לפסיקה הקיימת.



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

שיקולי מדיניות

12. האם יתכנו מצבים בהם קיימים טעמים המצדיקים לאפשר לתובע בעל נזק משמעותי, משקיע מוסדי בעניינו, להשתמש במכשיר התובענות הייצוגיות? התשובה על כך חיובית. הקושי המצדיק שימוש במכשיר התובענה הייצוגית הוא הפער שבין התמריצים הפרטיים להגיש תביעה (המשקפים את תוחלת הרווח לתובע מהגשת התביעה) לבין התמריצים הרצויים להגיש תביעה (המשקפים את התועלת החברתית שתצמח ממנה). המקרה ה"קלאסי" בו מתאפשר שימוש במכשיר דיוני זה מייצג מצב בו תוחלת הרווח מהגשת התביעה שלילית בעבור כל תובע פוטנציאלי (קרי עלויות התביעה עולות על ההכנסות הצפויות ממנה לכל אחד מהתובעים הפוטנציאליים), מהטעם שסכום הזכייה המקסימאלי לכל תובע כזה נמוך מעלויות התביעה. זהו כמובן מצב קיצוני בו מנגנון התביעה ה"רגיל" מביא לאכיפת חסר. ואולם, גם במקרה "א-קלאסי", בו סכום הזכייה המקסימאלי של חלק מהתובעים הוא משמעותי, עדיין עלול להיווצר מצב של אכיפת חסר. דוגמא אחת לכך היא האפשרות שהסתברות הזכייה, בשים לב לעלויות התביעה, אינה גבוהה דיה. כך, למשל, אם עלות ניהול ההתדיינות בה עסקין היא מליון ₪ לכל צד, וסיכויי הזכייה הם 50%, אין כדאיות כלכלית לנהלה מבחינת התובעים, אף אם התביעה היא על 1.8 מליון ₪ (וזאת בין אם נניח כי המפסיד בתביעה זוכה להחזר מלא של עלויות ההתדיינות ובין אם לאו). לדיון במצב דברים זה ראו קלמנט, **התביעה הייצוגית כמכשיר**, בע" 393 – 398; דוגמא שנייה היא המצב בו רק למקצת התובעים הפוטנציאליים משתלם להגיש תביעה, באופן שללא מנגנון התובענה הייצוגית יותרו חלק מהנפגעים ללא פיצוי. כך למשל, אם נניח שרק למשקיעים המוסדיים משתלם להגיש תביעות אישיות, ייווצר מצב בו "משקיעים קטנים" לא יפוצו על נזקיהם, והאינטרס החברתי, הן בהרתעה והן בפיצוי נפגעים, יימצא חסר. כפי שניווכח מיד, אלו אינן הדוגמאות היחידות לכך שמנגנון התביעה הייצוגית עשוי להיות נחוץ גם כאשר קיים תובע בעל נזק משמעותי.

13. הטיעון שעשויה להיות הצדקה לשימוש במכשיר התובענה הייצוגית גם כאשר לתובע יש לכאורה תמריץ מספיק להגיש תביעה אינדיווידואלית הוא טיעון מוכר ומקובל. עמדה עליו השופטת עדנה ארבל בפסק דינה בעניין **רייכרט**, תוך שהיא משתמשת בדוגמא נוספת לכשל דיוני, מורכבת מעט יותר מאלו שזכרו לעיל:

עמוד 7 מתוך 16



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

"התובענה הייצוגית עשויה לשרת תכליות אלה גם כשתוחלת הנזק מהווה תמריץ מספק מבחינת התובע הבודד להגיש תביעה, ולא רק במקרים שתוחלת זו נמוכה. הדבר נובע מכך שבתביעות מורכבות הדורשות מידה גבוהה של השקעה, יעמוד גובה השקעותיו המקסימאלי של התובע הבודד על תוחלת הפיצוי שהוא צופה. החברה המזיקה לעומתו, רואה מולה קבוצה גדולה של מזיקים פוטנציאליים אשר יתומצו להגיש תביעה במידה והתובע הראשון יזכה בתביעתו. במצב זה, תוחלת הנזק הניצבת בפני החברה גבוהה מתוחלת הפיצוי שרואה התובע הבודד, דבר היוצר חוסר סימטריה בתמריצי השקעה של הצדדים, ומביא למידה שונה של השקעה בתביעה. מצב דברים זה עלול להביא לדחיית התביעה אף אם שלא בצדק, וכתוצאה מכך לפיצוי חסר לניזוק ולהרתעת חסר למזיק. מוסד התביעה הייצוגית עשוי אם-כן להביא לפתרון קושי זה (ראו: גיא הלפטק "תיאוריה כלכלית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג' 247, 319-322 (תשס"ה))" (פסקה 3 לפסק דינה של השופטת ארבל)

14. נמצא אפוא שמבחינת תכליתו המרכזית של חוק תובענות ייצוגיות, שהינה צמצום הפער שבין האינטרס הפרטי להתדיין לבין האינטרס החברתי בהתדיינות, אין הצדקה להגביל את השימוש במכשיר התובענות הייצוגיות אך ורק למקרים בהם כל התובעים הם "אנשים קטנים" או "משקיעים קטנים", שהנזק הנגרם להם הוא זעום. לכך מן הראוי להוסיף, שגם תכליות נוספות של החוק עשויות לתמוך בהכרה בתובענה ייצוגית גם כאשר יש תובע בעל נזק משמעותי. כפי שציינה הנשיאה בייניש בעניין רייכרט: "התובענה הייצוגית מבקשת לקדם יעילות ... בהתדיינות המשפטית. היעילות מושגת בכך שהמחלוקת מוכרעת בהליך אחד. בכך יש חסכון במשאבים הן של בית המשפט והן של הצדדים. נמנע גם חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט בתביעות אישיות דומות. ..." (פסקה 9 בפסק דינה של הנשיאה בייניש). למותר לציין שתכליות חשובות אלו קיימות גם כשהתובע טוען לנזק משמעותי.

15. חיזוק לתפיסה זו בהקשר של תובענות ייצוגיות בניירות ערך ניתן למצוא בעמדת הדין האמריקאי ביחס לשאלה בה עסקינן. לא רק שהדין האמריקאי לא פוסל תביעות



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

המוגשות על ידי משקיעים מוסדיים, אלא שהוא מוצא לנכון לעודדן. הבסיס התיאורטי למדיניות זו הונח במאמרם החשוב של Elliott Weiss & John Beckerman שכותרתו "Let the Money Do The Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Actions", אשר פורסם ב- 104 YALE L.J. 2053 (1995). במאמר זה הצביעו הכותבים על כך שמשקיעים מוסדיים, אשר העניין הכספי שלהם בתביעה משמעותי, יכולים לשמש מפקחים טובים יותר על עורכי הדין המנהלים את התביעה הייצוגית, מאשר "משקיעים קטנים", שאין להם עניין של ממש בפיצוי שיפסק בתביעה (להבדיל משכר הטרחה). בדרך זו ניתן להפחית את "עלויות הנציג" הכרוכות בכך שהשליטה בהליכי התובענה הייצוגית נתונה בידי עורכי הדין, שלהם מערכת תמריצים שונה מהרצויה מבחינה חברתית. בעקבות תובנה זו תוקן החוק האמריקאי, תוך שנקבעה חזקה לפיה המשקיע בעל האינטרס הכספי הגדול ביותר בתביעה ("has the largest financial interest in the relief sought by the class") הוא זה שצריך לשמש כתובע הייצוגי (ראו Private Securities Litigation Reform Act of 1995, 15 U.S.C 2B, Sec. 78U-4(a)(3)(B)(iii); לסקירה וביקורת ראו Alon Klement, "Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers," 21 REVIEW OF LITIGATION 25 (2002) לניתוח אמפירי של השלכות השינוי ראו Agnes Cheng, Henry Huang, Yinghua Li, Gerald Lobo, "Institutional Monitoring Through Shareholder Litigation," 95 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 356 (2010)). הניסיון האמריקאי מלמד אם כך, שלפחות בתחום של ניירות ערך, מתן אפשרות למשקיעים מוסדיים להגיש תובענות ייצוגיות לא רק מתיישב עם תכליות החוק, אלא שהוא אף עשוי לסייע להתגבר על אחד הכשלים המרכזיים שמכשיר התובענה הייצוגית יוצר – בעיית ה"נציג" הנובעת מניהול התובענה הייצוגית בידי עורכי דין ותובעים, שאין להם אינטרס כלכלי ממשי בתביעה עצמה (אלא רק בשכר הטרחה שיפסק לטובתם).

16. המסקנה המתבקשת מהניתוח עד כה היא שמבחינת שיקולי המדיניות יתכנו מצבים בהם ראוי לאפשר הגשתה של תובענה ייצוגית גם על ידי תובע שלו אינטרס כספי משמעותי בתביעה. באופן קונקרטי, כאשר מדובר בבקשה להכיר בתובענה ייצוגית בניירות ערך יש מקום לאפשר למשקיעים מוסדיים להגיש תובענות ייצוגיות במקרים מתאימים, ויתכן שאף ראוי לעודד מגמה זו ברוח הגישה המקובלת בארה"ב.



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

הוראות החוק

17. חוק תובענות ייצוגיות איננו מתייחס באופן מפורש לשאלה בה עסקינן. מחד החוק אינו קובע כי חוסר אפשרות מעשית להגשת תביעה אינדיווידואלית הוא תנאי הכרחי להגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית; מאידך החוק אף אינו קובע ברחל בתוך הקטנה שגם בעל אינטרס כספי משמעותי בתביעה רשאי להגיש בקשה לאישור התובענה כייצוגית. עם זאת, האינטרס הכספי הישיר שיש לתובע בהגשת התובענה עשוי להשליך על שניים מהתנאים בהם צריכה הבקשה לעמוד:

א. סעיף 8(א)(2) לחוק קובע כתנאי לאישור הבקשה כי **"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"**. אפשרות התובע להגיש תביעה אינדיווידואלית, ולהיפרע באמצעותה, מעוררת את השאלה האם חלופה זו איננה **"דרך יעילה והוגנת יותר להכרעה במחלוקת"**.

ב. סעיף 8(א)(3) לחוק קובע כתנאי לאישור הבקשה כי **"קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת"**. מטבע הדברים האינטרס האישי שיש לתובע בתביעה משליך על הסיכוי שאכן **"ייוצג וינהל בדרך הולמת"** את ענייניה של הקבוצה.

18. המבקשים שמים את כל יהבם על התנאי הראשון, הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק, וטוענים כי לא רק שקיום אפשרות להגשת תביעה אינדיווידואלית משליכה על התקיימותו של תנאי זה, אלא שהיא מכרעת, במובן זה שאם יש לתובע אינטרס כספי משמעותי המצדיק הגשת תביעה אינדיווידואלית, הרי שהדבר שולל על הסף כל אפשרות שיפנה לנתיב של תובענה ייצוגית. לעומת זאת, מקבלים המבקשים כי התנאי השני, הקבוע בסעיף 8(א)(3) לחוק, אינו יכול להביא לדחיית הבקשה על הסף (ראו סעיף 64 לתשובה לתגובה לבקשה). ואכן, קשה לחלוק על כך כי ההשלכה שיש לאינטרס הכספי המשמעותי על יכולת התובע לייצג את אינטרס הקבוצה לא יכולה להיות עילה לדחיית הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית על הסף. ראשית, מכוח סעיף 8(ג)(1) לחוק, בית המשפט **"רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו התנאים האמורים בסעיף קטן (א)(3) או (4), אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם, או בדרך אחרת"**; שנית, בעניינו קיים תובע נוסף, הלא הוא מר ספיר, אשר האינטרס שלו בתביעה אינו יכול להיחשב כמצדיק הגשת תביעה אישית (וזאת בשים לב לעלויות הגבוהות של תביעה מסוג זה); ושלישית, לאור הגישה האמריקאית שנסקרה



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

בפסקה 15 לעיל, האינטרס הכספי המשמעותי של חברת הראל בתביעה, והניסיון המוכח שלה בשוק ההון, עשויים להוות דווקא שיקול **טובת** העדפתה כתובע ייצוגי, וספק אם יש בהם כדי להביא לפסילתה.

19. נמקד איפוא את דיוננו בטענת המבקשים כי קיומה של אפשרות מעשית להגשת תביעה אינדיווידואלית שוללת, מנייה וביה, את התקיימות התנאי שבסעיף 8(א)(2) לחוק, לאמור מונעת באופן מוחלט את האפשרות שתובענה ייצוגית "**היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין**". פרשנות המבקשים מבוססת על שתי הנחות מצטברות, שכל אחת מהן נראית לי שגויה. ראשית, פרשנות זו מניחה כי הביטוי "**הכרעה במחלוקת**", מוסב להכרעה במחלוקת הפרטית שבין התובע לבין הנתבע, ולא כן היא. כוונת הביטוי הינה להכרעה במחלוקת הכוללת שבין חברי הקבוצה לבין הנתבע, ולא רק להכרעה במחלוקת הפרטית שבין התובע והנתבע. על כך ניתן ללמוד הן מהשימוש האחר במונח "**הכרעה במחלוקת**" בחוק (ראו סעיף 19(א) לחוק המתייחס לאישור הסדר פשרה, ובוודאי אינו מסתפק בכך שהסדר הפשרה מיישב את המחלוקת הפרטית של התובע עם הנתבע), והן מתכלית התנאי, שאיננה מוגבלת לבחינת האינטרסים של התובע (כך, למשל, אין חולק שיש להביא במסגרתו את השיקול של חסימת אפשרויות התביעה האינדיווידואליות של תובעים פוטנציאליים שהם חברי הקבוצה). שנית, היא מניחה שביחס למחלוקת הפרטית, כאשר שתי החלופות הן מעשיות, לעולם ההליכים האינדיווידואליים יהיו יעילים והוגנים יותר מתובענה ייצוגית – ולא כן היא. מהטעמים שפורטו לעיל (ראו פסקאות 12 – 16) עולה כי יתכנו מצבים בהם גם כשהגשת תובענה אינדיווידואלית הוא פתרון אפשרי ומעשי, עדיין יהיו לניהולה של תובענה ייצוגית יתרונות, וזאת הן ביישוב המחלוקת הפרטית (קרי, זו שבין התובע לבין הנתבע) והן ביישוב המחלוקת הקבוצתית (קרי זו שבין הקבוצה אותה מבקש התובע לייצג לבין הנתבע).

20. ראיה לכך שגם המחוקק סבר שיתכנו מצבים בהם תוגש תובענה ייצוגית על ידי תובע שלו אינטרס כספי משמעותי בתביעה ניתן למצוא בסעיף 12(א)(2) לחוק. סעיף זה מאפשר לבית המשפט לאשר "**תובענה ייצוגית בדרך של הצטרפות**" כאשר "**סכום התובענה או שווי נושאה הוא ניכר, ביחס לכל אחד מחברי הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור, לרבות בתובענה בשל נזק גוף**". אומנם, כטענת המבקשים, סמכות מיוחדת זו לא קיימת ביחס לתובענה בניירות ערך (ראו סעיף 12(ד) לחוק השולל את תחולת הסעיף על סוגי תובענות ייצוגיות המנויים בתוספת השלישית), אולם עצם קיומו של הסעיף מלמד



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

שהמחוקק היה ער לאפשרות שסכום התביעות האישיות יהיה גבוה (ואפילו שסכום כל אחת מהתביעות האישיות יהיה גבוה) ולא סבר כי די בכך כדי לשלול את האפשרות להכיר בתובענה כייצוגית (ודוק, החרגת תובענות ייצוגיות המנויות בתוספת השלישית נעשתה רק לעניין האפשרות לאשר תובענה ייצוגית על דרך ההצטרפות – ולא לעצם האפשרות לאשר את התובענה כייצוגית).

21. המסקנה המתבקשת היא שחוק תובענות ייצוגיות, כמו גם שיקולי המדיניות, תומכים בפרשנות מרחיבה לסמכות בית המשפט – פרשנות המאפשרת, בנסיבות מתאימות, לאשר תובענה כייצוגית גם כאשר לתובע יש אינטרס כספי משמעותי בתובענה (קרי, אינטרס העשוי להצדיק מבחינה כלכלית הגשת תביעה אינדיווידואלית). בכלל זה יתכנו מצבים בהם ראוי יהיה לאפשר למשקיע מוסדי, אשר היקף השקעתו בנייר הערך מושא התביעה הוא ניכר, לשמש כתובע ייצוגי.

הפסיקה

22. המבקשים העניקו בכתבי טענותיהן משקל נכבד לפסיקה הקיימת, וגרסו כי התגבשה הלכה מבוססת לפיה אין לאפשר הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית לתובע בעל אינטרס כספי משמעותי בתובענה. עיינתי בפסיקה אליה מפנים המבקשים, ולא השתכנעתי כי קיימת הלכה בעניין זה.

23. ככל שמדובר בפסיקת בית המשפט העליון, כל שניתן לאתר הן אמירות לפיהן עולה כי המקרה הנפוץ, ה"קלאסי", של אישור תובענה ייצוגית, הוא כשלתובע אין אינטרס כספי משמעותי בתובענה. אמירות אלו אינן שוללת את האפשרות שתביעה ייצוגית תוגש על ידי מי שלו אינטרס כספי משמעותי בתובענה, אלא, לכל היותר, מצדיקות יתר זהירות באישורן. כך, למשל בעניין א.ש.ת., מציינת השופטת שטרסברג-כהן (בדעת המיעוט) כי "גובה הסכום הנתבע בתובענה הוא רק שיקול אחד מבין שיקולים רבים שבית-המשפט שוקל בבואו לאשר תובענה כייצוגית" (בע' 263). עמדה עקרונית זו מקובלת, ביסודה, גם על הנשיאה בייניש (בדעת הרוב), המבהירה כי "אומנם סכום הכסף הנתבע במסגרת התובענה הייצוגית, ובכלל זה הנזק הפרטני או הנזק הכללי של הקבוצה, אינו תנאי בלעדיו אין לאישור התובענה הייצוגית, אך יש בו כדי להיות אינדיקציה משמעותית לגבי נחיצותו של הליך הייצוגי" (בע' 278). ואכן, גישתה של הנשיאה בייניש כי ראוי היה לדחות את אישור התובענה הייצוגית בעניין א.ש.ת., גם אם הייתה סמכות לאשרה,



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

נסמכת על מכלול מצטבר של שיקולים, ולא רק על טיב האינטרס של התובע. ברוח דומה יש לקרוא גם את דברי הנשיאה בפסקה 9 של עניין רייכרט: "מדובר לרוב במצב שבו נזקו של כל תובע יחיד קטן יחסית, ולכן ככלל לא הייתה כדאיות בהגשת תביעה אינדיבידואלית, בשל הטרחה וההוצאות הכרוכות בכך" (ההדגשה שלי – ע.ג.). למען האמת, מאמירות שופטי העליון עשויה להילמד דווקא המסקנה ההפוכה, לפיה אינטרס כספי משמעותי איננו עילה לדחייה על הסף. ראו, בנוסף לאמירת הנשיאה בעניין א.ש.ת. שצוטטו לעיל בסעיף זה, את דבריה המפורשים של השופטת ארבל בעניין רייכט שצוטטו בסעיף 13 לעיל.

24. פסיקת בתי המשפט המחוזיים, כדרכה, מגוונת, וניתן לגלות בה פנים לרוב. ואולם גם ממנה לא יכולה להילמד להבנתי הלכה ברורה כטענת המבקשים. פסקי הדין עליהם הסתמכו המבקשים דחו את הבקשה לאישור לגופה, ולא על הסף. הדחייה נעשתה לרוב ממספר שיקולים, וביניהם האינטרס הכספי המשמעותי של התובע. מכאן, שהם אינם מבססים הלכה לפיה תובע שהאינטרס האישי שלו מצדיק הגשת תביעה אינדיבידואלית צריך להידחות מטעם זה בלבד. אדגים עניין זה ביחס לחלק מפסקי הדין הנוכרים בגוף הבקשה לסילוק על הסף כאסמכתאות לגישה לה טוענים המבקשים:

א. בבש"א (מחוזי י-ם) 560/09 א.ר.י. יבוא ושייוק מזון בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (ניתן ב- 23.12.2009) דחתה אומנם נשיאת בית המשפט המחוזי בירושלים, השופטת מוסייה ארד, בקשה לאישור תובענה כייצוגית בהתבסס על כך ש"סכום התביעה האישית גבוה יחסית", אולם היא מבהירה במפורש כי אין המדובר בנימוק יחיד, אלא בכזה אליו מצטרפים נימוקים אחרים, ובהם הסכנה שאישור התובענה יפגע בתביעות שכבר הוגשו ובתביעות פוטנציאליות, הסיכון לחשיפת סודות מקצועיים של חברי הקבוצה בפני התובעת (שהיא מתחרה עסקית של חלקם) והעובדה שגם פסק דין בהליך רגיל יחייב את הנתבעת ממילא כלפי כל חברי הקבוצה (וזאת לאור הצהרתה של הנתבעת, שהינה רשות ציבורית, כי תהיה מחויבת לפסיקה עקרונית חלוטה). זאת ועוד השופטת ארד מבהירה מפורשות כי "אכן המחוקק לא הציב מגבלה בעניין גובה התביעה האישית, וייתכנו מקרים בהם תאושרנה תובענות ייצוגיות גם כאשר מדובר בתביעות אישיות בסכומים גבוהים. עם זאת, כפי שנקבע בפרשת א.ש.ת. גובה התביעה האישית הוא רלוואנטי ועשוי ללמד על נחיצותו של ההליך הייצוגי. לכן יש לדון כל מקרה לפי נסיבותיו" (פסקה 18 לפסק הדין).



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

ב. בת"א (מחוזי ת"א) 3006/00 דנוש נ' Chrysler Corporation (ניתן ב- 17.11.2003) מציינת אומנם נשיאת בית משפט זה, כתוארה אז, השופטת הילה גרסטל כי "לנוכח סכומי התביעה הפרטניים של כל אחד ואחד מחברי הקבוצה בענייננו – וזאת אף מבלי לכלול בהם את סעד הפיצוי העונשי – ספק בעיני אם המקרה דנן נופל לגדר אותם מקרים טיפוסיים שלשמם באה לעולם התובענה הייצוגית" (פסקה 34 לפסק הדין). אולם עניין זה מובא על ידה רק כשיקול נוסף "התורם לתמונה הכוללת, הקוראת כשלעצמה לדחייתה של הבקשה" (פסקה 32 לפסק-הדין).

ג. בת"א (מחוזי ת"א) 3152/99 רוזנווסר נ' מנהל מקרקעי ישראל דחה השופט אמנון סטרשנוב בקשה לאישור תובענה ייצוגית תוך שהוא מעמיד, כאחד מנימוקי הדחייה המרכזיים, את הגובה המשמעותי של התביעות האינדיווידואליות. ואולם, כפי שהבהיר ביהמ"ש העליון בדחותו את בקשת הערעור על החלטה זו (רע"א 4637/00), לא היה זה נימוק יחיד, אלא התביעה נדחתה גם "לנוכח המאפיינים המבדילים את תביעת המבקשים מעניינם של תובעים אחרים; ולנוכח החשש כי המבקשים לא יזכו בתביעתם. ... וכאשר המשיב מצהיר, כאמור, כי בכוונתו להחיל את פסק-הדין שיינתן בתביעת המבקשים על כל תובע אחר במצבם של המבקשים...".

25. ויובהר, ניתן למצוא מעת לעת אמירות כלליות בפסק דין כזה או אחר העשויות לתמוך בעמדת המבקשים (ראו, למשל, בש"א (י-ם) 68/98 גד"ש אור"ה - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' המועצה לייצור ולשיווק של ירקות, פסקה 21 (ניתן ב- 28.2.2002)). ואולם, אמירות אקראיות אלו אינן יכולות ללמד על התגבשות הלכה ברורה כטענת המבקשים. בוודאי לא נוכח האפשרות להצביע על אמירות נוגדות בפסיקה. ראויים במיוחד לאזכור בהקשר זה דבריו הנוכחים של השופט יונתן עדיאל בבש"א (מחוזי י-ם) 3515/00 קיבוץ אורים - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (ניתן ב- 28.1.2004), אשר מהטעמים שפורטו לעיל, מקובלים, גם עליי:

"אציין, שהשיקול בדבר היקף התביעה של התובע הייצוגי עצמו אינו רלבנטי בהקשר שלפנינו. המבקשת 3 אמנם העריכה את תביעתה ב- 14 מיליון שקלים, סכום המצדיק הגשת תביעה נפרדת. אולם העובדה כי נזקה של רותם גדול יחסית לשאר התובעים הפוטנציאליים אינה מונעת ממנה לשמש תובע ייצוגי. אולי אף להפך: נזקה ה"גדול" של רותם מוכיח כי יש לה עניין בתביעה עצמה, ולא



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'

דווקא בטובה שתצמח לה מעצם היותה תובע הייצוגי. בית המשפט אינו יכול לדחות מלפניו תובע ייצוגי, אך בגלל שעניינו בתביעה עצמה משמעותי, כי אז דווקא תובעים שיש להם מוטיבציה גבוהה לעמוד על זכותם ותמריץ להצליח בתביעה לא יוכלו לייצג אחרים. גם ספק בעיני אם טענה זו לאמור: "לו הזקתי לך מעט היית תובע ייצוגי ראוי. משהזקתי לך הרבה אינך תובע ייצוגי ראוי", ראוי שתשמע מפי הנתבע." (פסקה 112 לפסק-הדין).

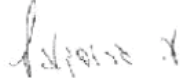
סוף דבר

26. מהשיקולים שפורטו לעיל אין לקרוא את חוק תובענות ייצוגיות בצורה מצמצמת, השוללת באופן גורף את האפשרות לאשר תובענה כייצוגית מהטעם שהאינטרס הכספי של התובע הוא משמעותי, ודי בו כדי להצדיק הגשת תביעה אינדיווידואלית. בהקשר של תביעות ייצוגיות בניירות ערך משמעות הדבר היא שאין לשלול את האפשרות של אישור משקיע מוסדי כתובע ייצוגי בנסיבות מתאימות.

27. ויובהר, בשלב המקדמי של הדיון בו הוגשה הבקשה לסילוק על הסף, אין בידי לקבוע אם המקרה שלפני הוא אחד מאותם מקרים מתאימים בהם ראוי לאפשר הגשת תביעה ייצוגית. כל שניתן לקבוע בשלב זה הוא שהבקשה שלפני לאישור התובענה כייצוגית איננה באה בגדר אותם מקרים המצדיקים את דחייתה על הסף.

28. המבקשים יישאו בהוצאות התובעים בבקשה זו בסך כולל של 30,000 ₪ בצירוף מע"מ. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית מיום 1.11.10.

ניתנה היום, כ"ה תשרי תשע"א, 3 אוקטובר 2010, בהעדר הצדדים.

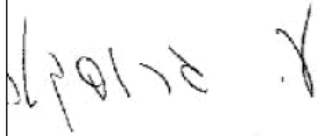

!Error



בית המשפט המחוזי מרכז

3 אוקטובר 2010

ת"צ 14144-05-09 הראל נהול קרנות בע"מ ואח' נ' לנדמארק גרופ בע"מ ואח'


פרופ' עופר גרוסקופף, שופט

עמוד 16 מתוך 16